

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

ESTUDIOS DE DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

HOMENAJE AL PROFESOR  
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Susana Barcelón Cobedo  
Carmen Carrero Domínguez  
Sebastián de Soto Rioja  
Coordinadores

64





MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

ESTUDIOS DE DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

HOMENAJE AL PROFESOR  
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

## **MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES**

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales  
Jesús Cruz Villalón  
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2022

© Los autores, 2022

ISBN: 978-84-09-45470-9

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf

Depósito Legal: SE-2145-2022

# MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

## ESTUDIOS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

HOMENAJE AL PROFESOR  
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Susana Barcelón Cobedo,  
Carmen Carrero Domínguez y  
Sebastián De Soto Rioja  
COORDINADORES

# 64





*Prof. Dr. Santiago González Ortega*  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*





# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO</b> .....	<b>25</b>
<b>PARTE I «RELACIONES LABORALES»</b>	
<b>LA HUELGA, UN DERECHO FUNDAMENTAL ASEDIADO</b> .....	<b>31</b>
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER	
<b>EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA CONSTITUCIÓN</b> .....	<b>39</b>
MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ	
1. Diálogo social y concertación social .....	40
2. Gobierno de coalición y potenciación del diálogo social .....	40
3. Diálogo social y constitución .....	44
<b>LA REFORMA LABORAL Y SU APLICACIÓN EN LAS UNIVERSIDADES</b> .....	<b>47</b>
JUAN GARCÍA BLASCO	
1. La contratación de carácter laboral como materia singularmente modificada: las figuras legalmente afectadas y sus consecuencias jurídicas .....	48
1.1. La nueva regulación sobre la contratación temporal: la supresión legal del contrato de obra o servicio determinado y sus efectos jurídicos .....	48
1.2. La contratación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea .....	50
1.3. Los contratos de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo .....	51
1.4. El contrato indefinido fijo-discontinuo. Su adecuación como fórmula viable de contratación laboral en la Universidad .....	51
1.5. El contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción .....	53
1.6. Los contratos temporales de formación en alternancia y el formativo para la obtención de la práctica profesional .....	53
2. La no afectación de la nueva regulación de contratación laboral a las figuras docentes de la lou y a las específicas de la ley de la ciencia la tecnología y la innovación .....	54
3. La generalización normativa de la contratación laboral indefinida y la contratación a través de las ayudas Ramón y Cajal y de otros programas y subprogramas para la incorporación de personal investigador .....	55
4. Conclusiones y propuestas .....	56
5. La respuesta (insuficiente) de la legislación de urgencia: el contrato de actividades científico-técnicas. ....	60
<b>SOBRE LA PRETENDIDA Y NO CONSEGUIDA MODERNIZACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA SUBCONTRATACIÓN</b> .....	<b>61</b>
JAVIER GÁRATE CASTRO	
1. Introducción .....	62
2. Los cambios fruto del Real Decreto-Ley 32/2021 .....	64
2.1. Un cambio formal .....	64
2.2. La determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista .....	65
2.2.1. La regla general .....	67
2.2.2. La primera regla de excepción .....	68
2.2.3. La segunda regla de excepción .....	69
2.3. El empleo del contrato de fijo-discontinuo como instrumento de contratación de los trabajadores destinados a la ejecución de los encargos objeto de subcontratación .....	70

2.4. La ejecución de subcontrataciones en el sector de la construcción mediante trabajadores vinculados por contratos de trabajo indefinidos adscritos a obra .....	71
2.5. Las limitaciones al empleo de la contratación laboral de duración determinada .....	72
2.6. Restricción del uso de la subcontratación durante la vigencia de una reducción de jornada o suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción .....	73
<b>CÓMO HA IMPACTADO LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LA REFORMA DE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL .....</b>	<b>75</b>
EDUARDO ROJO TORRECILLA	
1. Introducción .....	76
2. Las modificaciones operadas en el art. 15 de la LET al acoger la jurisprudencia del TJUE .....	78
3. Apuntes sobre la reciente, y más relevante, jurisprudencia del TJUE .....	79
3.1 El giro del TJUE y su acogimiento por el TS en marzo de 2019. Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto 619/17) .....	79
3.2. Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, caso IMIDRA .....	80
3.2.1. Cambio de jurisprudencia del TS. Sentencia de 28 de junio de 2021 (Rec. 3263/2019) .....	81
3.2.2. Fijeza para personal laboral temporal en situación abusiva que concursó anteriormente para ocupar una plaza fija. Notas a la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2021, caso AENA (Rec. 668/2019) .....	83
3.3. Límites a la utilización del contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción. Sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19) .....	84
<b>EXTERNALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN LABORAL: NUEVOS PERFILES DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO .....</b>	<b>87</b>
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET	
1. Contratación fija-discontinua y externalización: aspectos generales .....	88
2. Contratación fija-discontinua en la subcontratación de obras o servicios .....	89
3. Especialidades del régimen jurídico: el período de inactividad y las relaciones con la subrogación convencional .....	91
4. El contrato fijo-discontinuo en las empresas de trabajo temporal .....	94
5. Reflexiones finales .....	95
6. Bibliografía citada .....	96
<b>LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO .....</b>	<b>97</b>
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	
1. Presentación: un estudio clásico de una institución central .....	98
2. La presunción de existencia del contrato en el derecho del trabajo español del siglo XX. ....	98
3. La presunción de laboralidad en el derecho del trabajo del siglo XXI .....	98
3.1. La presunción de laboralidad en la ley Rider .....	98
3.2. La presunción de laboralidad en la propuesta de directiva de trabajadores de plataforma .....	104
4. Reflexiones conclusivas .....	106
<b>CUANDO LA FLEXISEGURIDAD ALCANZA AL CONCEPTO DE FUERZA MAYOR .....</b>	<b>107</b>
JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ	
1. Vis maior: un concepto en permanente movimiento .....	108
2. El factum principis como especie significada de fuerza mayor .....	112

3. La ductilidad actual de la fuerza mayor a través del factum principis: del uso necesario al exceso evidente .....	114
--	-----

**LA DIFÍCIL COYUNTURA DEL DERECHO DEL TRABAJO: UN PRESENTE CONTINUO .....** **119**

JESÚS R. MERCADER UGUINA

1. “La difícil coyuntura del derecho del trabajo” .....	120
2. La difícil coyuntura continúa: el lento camino de las reformas en respuesta a las crisis.	121
2.1. El derecho del trabajo de las crisis económicas .....	121
2.2. El derecho del trabajo en la emergencia .....	123
2.3. El retorno de la legislación negociada .....	124
3. Las nuevas y complejas coyunturas del derecho del trabajo .....	125
3.1. Reformulando el ecosistema laboral .....	125
3.2. Algoritmos: personas y números en el derecho digital del trabajo .....	126
3.3. Hacia una flexiseguridad digital .....	128
3.4. La tutela de la acción colectiva en un escenario digital .....	130
4. A modo de conclusión: instalados en la difícil coyuntura .....	131

**DIFICULTADES PARA LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LOS JÓVENES. LOS NUEVOS CONTRATOS FORMATIVOS.....** **133**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

1. Factores desencadenantes de las bajas tasas de ocupación juvenil .....	134
2. Los jóvenes como colectivo especialmente vulnerable. La atención por el ordenamiento jurídico .....	135
3. La inserción juvenil en la reforma de 2021 .....	137
4. Aspectos comunes a las dos modalidades de contratos formativos .....	138
5. Contrato para la obtención de práctica profesional .....	140
6. Contratación en alternancia .....	142
7. Conclusión .....	145

**SECRETOS EMPRESARIALES VERSUS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE TRABAJADORES Y REPRESENTANTES .....** **147**

EVA GARRIDO PÉREZ

1. El nuevo (y casi desconocido) marco de definición y protección de los secretos empresariales .....	148
2. Aproximación a los contenidos y alcance de la directiva 2016/943 en el ámbito de las relaciones laborales .....	149
3. El impacto de la ley de secretos empresariales sobre derechos laborales de trabajadores y representantes .....	152
3.1. La posición contractual de las personas trabajadoras ante la protección de los secretos empresariales .....	153
3.2. La proyección de los secretos empresariales sobre el ejercicio de la función representativa. ....	157
4. A modo de conclusiones: el nuevo paradigma de implicación de trabajadores y representantes en la protección de los secretos empresariales .....	160

**METAVERSO: ALGUNAS CUESTIONES LABORALES .....** **163**

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

1. ¿Qué es el metaverso? .....	164
2. El impacto del metaverso en el derecho del trabajo: una visión general .....	165
2.1. Cuestiones transversales esenciales con impacto laboral .....	165
2.2. Otras cuestiones .....	170

<b>EL CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABAJO Y DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES EN EL REGLAMENTO ROMA I SOBRE LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES .....</b>	<b>173</b>
ESPERANZA CASTELLANOS RUÍZ	
1. Introducción: movimiento internacional de trabajadores .....	174
2. Ámbito de aplicación del Reglamento Roma I .....	175
2.1. Ámbito de aplicación espacial .....	175
2.2. Ámbito de aplicación temporal .....	175
2.3. Ámbito de aplicación material .....	175
2.3.1. Obligaciones contractuales: contrato de trabajo .....	175
2.3.2. Carácter internacional .....	176
2.4. Ámbito de aplicación personal .....	176
3. Ley aplicable al contrato de trabajo internacional .....	177
3.1. Aspectos generales .....	177
3.2. Normas de conflicto aplicables .....	179
3.2.1. Autonomía de la voluntad conflictual: ley elegida por las partes .....	179
3.2.2. En defecto de elección de ley .....	181
3.2.3. En defecto de elección de ley: cláusula de excepción .....	183
3.3. Orden público internacional .....	183
4. Desplazamientos temporales internacionales de trabajadores .....	184
4.1. Solución general. El art. 8 RR-I .....	184
4.2. Solución específica. La Directiva 96/71/CE de 16 diciembre 1996 .....	184
4.2.1. Supuestos cubiertos .....	185
4.2.2. Normas de conflicto aplicable y derechos laborales protegidos con arreglo a la ley del Estado de destino .....	185
4.2.3. La Directiva 2014/67/UE de 15 mayo 2014 .....	186
<b>LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL INVESTIGADOR DE CARÁCTER LABORAL .....</b>	<b>187</b>
ÁNGEL LUIS DEL VAL TENA	
1. Introducción: el marco legal de referencia .....	188
2. La contratación laboral del personal investigador .....	189
2.1. El personal investigador: su vinculación con la entidad empleadora .....	189
2.2. Las modalidades contractuales a disposición de la entidad empleadora .....	190
2.2.1. Los contratos de trabajo específicos .....	191
2.2.2. Los contratos de trabajo comunes u ordinarios (remisión) .....	195
2.2.3. El nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas .....	196
3. Epílogo: la próxima y esperada reforma legislativa .....	197
4. Bibliografía consultada .....	198
<b>EL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO: UN DECÁLOGO PARA LA REFLEXIÓN .....</b>	<b>199</b>
MARÍA JOSÉ FEIJÓO REY	
Introducción .....	200
1. El teletrabajo no es una novedad legislativa .....	200
2. La pandemia como incentivo al teletrabajo en el empleo público .....	201
3. La regulación del teletrabajo en el empleo público: nuevo ejemplo de tratamiento conjunto, una singularidad que puede llevar a una diversidad injustificada .....	202
4. El marco jurídico: artículo único (47 bis del rdl 29/2020) .....	204
5. La caracterización relevante: la voluntariedad & la reversibilidad .....	205
6. La prevención de riesgos laborales: una compleja articulación .....	206
7. La asunción de gastos necesarios para implementar el teletrabajo .....	207
8. Los instrumentos de gestión de recursos humanos del empleo público idóneos para “concretar” el teletrabajo: relación de puestos de trabajo & plan de ordenación de recursos humanos .....	208

9. La persona idónea para el diseño y seguimiento de la reorganización necesaria para el teletrabajo: el directivo público profesional .....	208
10. La concreción del teletrabajo: quo vadis? .....	209
<b>BONUS SALARIAL E IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO .....</b>	<b>211</b>
FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA	
1. En el principio fue la desigualdad .....	212
2. El bonus en el binomio salario, productividad .....	214
3. Los riesgos desigualitarios del bonus .....	214
3.1. Igualdad y bonus de objetivos colectivos .....	215
3.2. Igualdad y bonus de objetivos individuales .....	217
4. Bonus y corresponsabilidad en los cuidados familiares .....	218
5. Valoración final .....	219
<b>LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO Y SUS LÍMITES ANTE LAS NUEVAS, Y NO TAN NUEVAS, NECESIDADES EMPRESARIALES (LA VALORACIÓN MÁS RECIENTE DE LOSTRIBUNALES)....</b>	<b>221</b>
MARÍA DEL SOL HERRAIZ MARTÍN	
1. Introducción .....	222
2. La modificación sustancial de condiciones de trabajo: la confusa frontera entre el poder de dirección ordinario y el extraordinario del empresario .....	223
2.1. Modificaciones sustanciales: especial atención a la doctrina jurisprudencial sobre remuneración, jornada y percepciones extrasalariales .....	224
2.1.1. La rebaja salarial: límites jurisprudenciales .....	224
2.1.2. La reducción de jornada: modificación sustancial versus novación contractual .....	225
2.1.3. La alteración sustancial de percepciones extrasalariales: breve alusión a los aguinaldos y la propina.....	228
2.2. La COVID-19 y la implementación de tecnologías: su proyección en la modificación sustancial de condiciones de trabajo .....	228
<b>APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA COMO OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA PERSPECTIVA LEGAL .....</b>	<b>231</b>
FERNANDO ELORZA GUERRERO	
1. Introducción .....	232
2. La reforma de 2021 del régimen de la contratación de duración determinada y su incidencia sobre la negociación colectiva en la materia .....	233
3. Conclusión .....	239
<b>EL PODER DE DIRECCIÓN Y LOS ALGORITMOS .....</b>	<b>241</b>
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	
1. Introducción .....	242
2. Concepto y límites clásicos del poder de dirección en la empresa .....	243
2.1. La conceptualización tradicional del poder de dirección .....	243
2.2. Los límites jurídicos del poder de dirección .....	245
3. El incipiente marco de actualización normativa .....	246
4. La orientación de las nuevas propuestas .....	248
5. La aportación de la ley integral para la igualdad de trato .....	249
<b>REVISIÓN DE LOS CONCEPTOS DE TIEMPO DE TRABAJO Y DE DESCANSO: EL TIEMPO DE DISPONIBILIDAD EN LOS TRADICIONALES Y EN LOS NUEVOS ESCENARIOS LABORALES .....</b>	<b>251</b>
ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS	

1. Aproximación al estado de la cuestión .....	252
2. La delimitación del tiempo de trabajo en el marco legal .....	253
3. El tiempo de disponibilidad en la jurisprudencia comunitaria .....	255
4. La digitalización y su repercusión en el tiempo de trabajo. En particular el tiempo de disponibilidad en el teletrabajo y en la prestación de servicios a través de las plataformas digitales .....	259
5. Conclusiones .....	263

## **LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES .....**

JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA

1. Preliminares .....	266
2. Introducción .....	266
3. La naturaleza empresarial de las plataformas digitales .....	267
4. Ambito subjetivo del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva .....	270
4.1. Los derechos colectivos en el marco de la OIT .....	270
4.2. Los derechos colectivos en el marco de la Unión Europea .....	271
5. La propuesta de ampliación comunitaria del ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva .....	273
5.1. Las personas trabajadoras en plataformas de trabajo .....	274
5.2. Caracteres de las “personas autónomas sin asalariados” legitimadas para negociar .....	276
6. Conclusiones .....	277

## **EL SALARIO EMOCIONAL .....**

OLGA GARCÍA COCA

1. Las nuevas formas de retribución .....	270
2. Concepto y delimitación jurídica .....	271
2.1. Estructura del salario emocional .....	272
2.2. Características y factores determinantes de su configuración .....	272
2.3. Delimitación y diferencias con el salario en especie .....	273
3. El salario emocional en las organizaciones productivas .....	275
3.1. Formas de constituir el salario emocional .....	276
3.2. Algunas propuestas para su implantación .....	277
4. Consideraciones finales .....	278

## **LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO: EL PAPEL DE LOS ACUERDO MARCO INTERNACIONALES .....**

JUAN M. MORENO DÍAZ

1. Introducción .....	290
2. Los factores que determinan las nuevas formas de producción .....	291
3. Los objetivos de desarrollo sostenible y el trabajo decente en el mundo: la agenda 2030 y la erradicación del trabajo infantil .....	292
3.1. Justificación .....	292
3.2. Las cifras de trabajo infantil en el mundo .....	293
3.3. La actuación de la OIT en pro de la consecución de la meta 8.7 En el actual escenario productivo mundial .....	294
4. La erradicación del trabajo infantil en el marco de las cadenas mundiales de suministro .....	295
4.1. Las cadenas mundiales de suministro como contexto de desarrollo de las relaciones globales de producción .....	295
4.2. El papel de los acuerdos marco internacionales en el marco de las cadenas mundiales de suministro .....	296

4.3. La protección del trabajo infantil en los acuerdos marco internacionales .....	297
5. Conclusiones .....	298

**CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA E INICIO DEL PROCESO NEGOCIAL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA FRANCO-ESPAÑOLA ..... 299**

PIERRE-HENRI CIALTI

1. La concepción del derecho a la negociación colectiva .....	300
1.1. Un derecho reconocido a los representantes de trabajadores y empresarios en virtud de su autonomía colectiva en España .....	301
1.2. Un derecho reconocido a los trabajadores frente al poder del empresario, como emanación del principio de participación de los trabajadores, en Francia .....	302
2. Los mecanismos legales de fomento del inicio del proceso negocial .....	305
2.1. El deber de negociar en España .....	305
2.2. Las obligaciones de negociar en Francia. ....	306

**LA ULTRA ACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO ..... 309**

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

1. Concepto y funcionalidad de la ultraactividad .....	310
2. Las reformas del artículo 86 ET: la ultraactividad como supuesta rémora para la renovación del convenio colectivo .....	313
3. Principales distorsiones del convenio ultraactivo .....	315
4. Vuelta a la ultraactividad indefinida, disposiciones transitorias y continuidad de la doctrina de la contractualización de las condiciones de trabajo .....	319

**PARTE II «SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO»**

**TIEMPO DE TRABAJO Y SALUD DE LOS BOMBEROS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA ..... 323**

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

1. Introducción .....	324
2. Encuadramiento de los bomberos a efectos de las normas de prevención de riesgos laborales .....	324
2.1. Problema suscitado .....	324
2.2. Regulación comunitaria en liza .....	325
2.3. Argumentación relevante .....	325
2.4. Doctrina acuñada .....	325
2.5. Apunte .....	325
3. Aplicación de la directiva-marco .....	325
3.1. Problema suscitado .....	325
3.2. Regulación comunitaria en liza .....	326
3.3. Argumentación relevante .....	326
3.4. Doctrina acuñada .....	326
3.5. Apunte .....	326
4. Vacaciones del bombero jubilado durante su enfermedad .....	327
4.1. Problema suscitado .....	327
4.2. Regulación comunitaria en liza .....	327
4.3. Argumentación relevante .....	327
4.4. Doctrina acuñada .....	327
4.5. Apunte .....	327
5. Las guardias domiciliarias y el descanso .....	327
5.1. Problema suscitado .....	327
5.2. Regulación comunitaria en liza .....	328
5.3. Argumentación relevante .....	328



5.4. Doctrina acuñada .....	328
5.5. Apunte .....	328
6. Guardia localizada telefónicamente .....	328
6.1. Problema suscitado .....	328
6.2. Regulación comunitaria en liza .....	329
6.3. Argumentación relevante .....	329
6.4. Doctrina acuñada .....	329
6.5. Apunte .....	329
7. Pausas presenciales para bombero interno .....	330
7.1. Problema suscitado .....	330
7.2. Regulación comunitaria en liza .....	330
7.3. Argumentación relevante .....	330
7.4. Doctrina acuñada .....	330
7.5. Apunte .....	330
8. Formación obligatoria y fuera del horario laboral .....	331
8.1. Problema suscitado .....	331
8.2. Regulación comunitaria en liza .....	331
8.3. Argumentación relevante .....	331
8.4. Doctrina acuñada .....	331
8.5. Apunte .....	331
9. Guardia localizada y superpuesta a actividad autónoma .....	332
9.1. Problema suscitado .....	332
9.2. Regulación comunitaria en liza .....	332
9.3. Argumentación relevante .....	332
9.4. Doctrina acuñada .....	332
9.5. Apunte .....	332

**LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES ..... 333**

JESÚS CRUZ VILLALÓN

1. Marco normativo general .....	334
2. El deber de cooperación en trabajos en idénticos locales .....	336
3. El deber de información y emisión de instrucciones del titular de los locales .....	336
4. La garantía de seguridad de los elementos de trabajo aportados por la empresa principal en caso de contratas .....	337
5. El deber de vigilancia de la empresa principal en caso de contrata de la propia actividad .....	338
6. El encargado de coordinación .....	340
7. La intervención de los representantes de los trabajadores .....	341
8. La imputación del recargo de prestaciones de seguridad social en el caso de coordinación de actividad .....	343

**LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA EUROPEO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y SU INFLUENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL .... 345**

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

1. Breve presentación .....	346
2. El progresivo asentamiento de las competencias comunitarias .....	348
3. El establecimiento de unas primeras directrices para los estados miembros .....	350
4. La fijación de un marco normativo de carácter común y proyección general .....	353
5. Las consecuencias para el ordenamiento jurídico español .....	356

**EL RECARGO DE PRESTACIONES: LA RESPONSABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE EMPRESARIOS ..... 359**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. El recargo de prestaciones a la prueba de la teoría general de la responsabilidad .....	360
--	-----

2. La responsabilidad del recargo en los supuestos de pluralidad de empresarios .....	363
3. Recargo de prestaciones y transmisión de empresa .....	368
4. La necesidad de reformas legislativas de adaptación de la institución a los cambios del modelo preventivo y reparador .....	371

### **DEBATES SOBRE TELETRABAJO Y VULNERABILIDAD: GÉNERO Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES .....**

JULIA LÓPEZ LÓPEZ E IGNASI AREAL CALAMA

1. El teletrabajo como nueva forma de organización de los sistemas productivos con impacto en género .....	378
2. Un análisis de la jurisprudencia sobre teletrabajo desde una metodología transversal. ....	380
2.1. Sobre la aplicación del art. 34.8ET en materia de conciliación en el trabajo a distancia .....	380
2.2. Sobre los tickets comida como prestación extrasalarial y su impacto en género. La discriminación prohibida incluye todos los elementos que configuran la remuneración .....	380
2.3. Registro de jornada y tiempos de descanso. Prueba estadística e impacto en edad. ....	381
3. La regulación de la prevención de riesgos laborales en el trabajo a distancia y su incidencia en la generación de situaciones de vulnerabilidad .....	382
3.1. Desigualdades en salud laboral motivadas por las características del trabajo a distancia y los riesgos laborales derivados de las mismas .....	383
3.2. Desigualdades en salud laboral motivadas por el ámbito de aplicación de la ley de trabajo a distancia .....	387
3.3. Desigualdades en salud laboral que pueden derivarse de las modulaciones legales que introduce la ley de trabajo a distancia en la evaluación de riesgos laborales .....	387
4. Consideraciones finales .....	388

### **EL PAPEL DEL REGLAMENTO EUROPEO “REACH” EN LA PROTECCIÓN DE LA SALUD LABORAL FRENTE AL RIESGO DE LAS SUSTANCIAS QUÍMICAS: UN BALANCE CRÍTICO .....**

ÁNGEL MANUEL MORENO MOLINA

1. Introducción .....	392
2. El reglamento reach y la restricción o prohibición de sustancias químicas .....	393
2.1. El registro, la evaluación y catalogación de las sustancias químicas .....	393
2.2. La autorización y la adopción de restricciones .....	394
3. Balance crítico .....	396

### **UNAREGLACIÓN “AUTÉNTICA” DEL ACOSO LABORAL A LA VISTA DEL CONVENIO 190 OIT .....**

GLORIA P. ROJAS RIVERO

1. La determinación del concepto de acoso moral o mobbing al margen de la Ley ante dos acontecimientos significativos: la STC 56/2019 y el convenio 190 OIT .....	404
1.1. La STC 56/2019, de 6 de mayo: la dignidad, el abuso de poder y la ausencia de daño .....	404
1.2. El Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo .....	409
2. La ausencia de regulación expresa del acoso moral o <i>mobbing</i> en la normativa laboral española .....	411
3. Una propuesta de regulación .....	412

### **APUNTES SOBRE EL SUICIDIO DEL TRABAJADOR: REALIDADES ANTAGÓNICAS Y CLAVES DE UNA ESTRATEGIA PREVENTIVA .....**

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

1. Salud mental, riesgo psicosocial y suicidio .....	416
--	-----

2. Suicidio, oriente y occidente: ¿dos realidades enfrentadas? ..... 418  
 3. Reflexiones finales: el camino en la prevención del suicidio ..... 422

**LA SALUTE E SICUREZZA DEL LAVORO IN ITALIA DOPO LA PANDEMIA DA COVID-19..... 427**

MARCO LAI

1. Introduzione ..... 428  
 2. Principi contenuti nel d. L.Gs n. 81/2008 E i mutamenti nel frattempo intervenuti ..... 429  
 3. Le novità della legge n. 215/2021 ..... 430  
   3.1. L'estensione dei poteri di vigilanza dell'ispettorato nazionale del lavoro (INL). ..... 430  
   3.2. La sospensione dell'attività imprenditoriale e l'inasprimento delle sanzioni ..... 431  
   3.3. Il rafforzamento della figura del preposto ..... 432  
   3.4. L'addestramento e la formazione (anche del datore di lavoro) ..... 434  
 4. Spunti conclusivi ..... 435

**PROMOVER UN ENTORNO DE TRABAJO SEGURO Y SALUDABLE ¿UN NUEVO PRINCIPIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL? ..... 437**

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

1. Trabajo seguro y saludable. Su acogida en el derecho internacional ..... 438  
 2. Las implicaciones del nuevo principio en el ordenamiento jurídico español ..... 443  
 3. Consideraciones conclusivas ..... 446

**LA PRESENCIA OBLIGATORIA DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS ..... 449**

ANA MORENO MÁRQUEZ

1. Introducción ..... 450  
 2. Supuestos en los que se exige la presencia de los recursos preventivos: ¿en todo caso? ..... 451  
   2.1. La concurrencia de diferentes operaciones ..... 451  
   2.2. La realización de actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales ..... 455  
   2.3. La presencia requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ..... 457  
 3. Valoraciones finales ..... 458

**ACOSO SEXUAL EN RELACIONES DE EMPLEO ..... 461**

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO Y LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO

1. Introducción ..... 462  
 2. Breve esbozo histórico ..... 464  
 3. La Organización Internacional del Trabajo y la lucha contra el acoso sexual ..... 465  
 4. Protección contra el acoso sexual bajo la ley extranjera ..... 468  
 5. Protección contra el acoso sexual en Brasil ..... 470  
 6. Concepto actual de acoso sexual en el trabajo ..... 471  
 7. Tipos de acoso sexual ..... 476  
 8. Consecuencias del acoso sexual en el contrato de trabajo ..... 476  
 9. Sujetos de acoso sexual ..... 480  
 10. Cuestiones de evidencia ..... 482  
 11. Consideraciones finales ..... 484  
 Referencia ..... 485

**EL EMPRESARIO CONFIADO: REFLEXIONES EN RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRABAJO ..... 487**

MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO

1. Introducción ..... 488  
 2. Reglas generales en responsabilidad civil con intervención de varios sujetos causantes. ..... 488  
   2.1. Responsabilidad civil por accidente de trabajo con intervención de dependientes o auxiliares ..... 488

2.2. Responsabilidad civil por accidente de trabajo con intervención de la víctima ..	489
3. La valoración de la confianza del empresario y sus efectos contradictorios en prevención .....	490
3.1. El empresario confiado y la responsabilidad civil: ¿un razonable inicio de tendencia? .....	490
3.2. Consecuencias en responsabilidad civil del tratamiento de la confianza en el recargo de prestaciones: ¿el todo o nada de la responsabilidad? .....	493
4. Reflexiones finales .....	497

### **UNA “VUELTA DE TUERCA” A LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A DETERMINADOS RIESGOS .....**

AMANDA MORENO SOLANA

1. Introducción: las primeras consideraciones sobre los trabajadores especialmente sensibles .....	500
2. La regulación del artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: el concepto de trabajador especialmente sensible y sus elementos configuradores .....	501
3. La adaptación reforzada del trabajo a la persona .....	503
3.1. La evaluación de riesgos específica y la adaptación de las condiciones de trabajo .....	504
3.2. El cambio de puesto de trabajo .....	505
3.3. La extinción del contrato de trabajo como medida preventiva .....	506

### **BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN .....**

CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ

1. Introducción .....	512
2. Alcance de la seguridad y salud laboral en el marco constitucional .....	513
3. El derecho a la vida e integridad física y moral del trabajador como anclaje del derecho a la seguridad y salud laboral .....	515
4. A modo de conclusión .....	521

## **PARTE III «PROTECCIÓN SOCIAL»**

### **ECONOMÍA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN SALUD. ESTADO DE ARTE EN AMÉRICA LATINA .....**

SERGIO DEL PRETE

1. De la protección a la desprotección social. El resquebrajamiento de un modelo .....	526
2. Estado de arte de la economía de la protección social. De las oportunidades a las amenazas .....	528
3. Claroscuros de la protección social en salud en américa latina. Que oportunidades ofrece el enfoque desde la economía .....	531
4. Bibliografía .....	534

### **LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN ESPAÑA TRAS LA REFORMA DE 2021: LA RECUPERACIÓN DEL IPC COMO GARANTÍA DE SU SUFICIENCIA Y ACTUALIZACIÓN PERIÓDICA .....**

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

1. La revalorización de pensiones en el contexto de una reforma estructural: rasgos significativos de la reforma de 2021 y recuperación del “espíritu de 2011” .....	536
2. La revalorización de las pensiones en la ley 21/2021: suficiencia de las mismas y garantía del poder adquisitivo de la población pensionista .....	538
2.1. Los fundamentos constitucionales de la revalorización de las pensiones y su plasmación en el ámbito jurídico de la seguridad social .....	539

2.2. Recuperación del IPC como mecanismo para garantizar la suficiencia de las pensiones en la reforma de 2021 y una garantía añadida: la irregresividad de la cuantía de la pensión .....	541
<b>RETOS Y MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LA CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS DE SALUD RESILIENTES, EFICIENTES Y SOSTENIBLES .....</b>	<b>545</b>
MARÍA NIEVES MORENO VIDA	
1. Las tensiones de los sistemas nacionales de salud: los recortes del gasto público, la privatización y la presión derivada de la pandemia de la covid-19 .....	546
2. Reformas necesarias para garantizar sistemas de salud resilientes, eficientes y sostenibles .....	551
<b>LA COMPATIBILIDAD DEL TRABAJO CON LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ...</b>	<b>557</b>
JAIME CABEZA PEREIRO	
1. Objeto.....	558
2. La jubilación parcial, anticipada y a partir del cumplimiento de la edad ordinaria.....	558
3. Jubilación y desarrollo de actividades por cuenta propia hasta el umbral del SMI.....	559
4. La compatibilidad bajo el epígrafe del “envejecimiento activo”.....	560
5. La incompatibilidad de la pensión con el desempeño de cargos públicos.....	562
6. La compatibilidad más generosa en el ámbito de la creación artística y la cinematografía .....	564
7. Profesionales beneficiarios de pensiones de mutualidades alternativas al reta.....	565
8. Tres conclusiones.....	566
<b>CONVERSACIONES SOBRE PROTECCIÓN SOCIAL .....</b>	<b>569</b>
LOURDES LÓPEZ CUMBRE	
<b>LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN AL PAGO DE PRESTACIONES EN EL MARCO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA .....</b>	<b>579</b>
CAROLINA GALA DURÁN	
1. Introducción .....	580
2. El marco normativo: una situación mejorable .....	580
3. La posición judicial: un giro de 360 grados .....	581
4. Conclusiones .....	588
<b>LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA EN CONDICIONES SALUDABLES: EL RETO DEMOGRÁFICO FRENTE AL RETO DIGITAL .....</b>	<b>589</b>
M <sup>a</sup> REYES MARTÍNEZ BARROSO	
1. Introducción .....	590
2. El afrontamiento del reto demográfico por el legislador español .....	590
2.1. Medidas relacionadas con el tiempo y condiciones de trabajo .....	590
2.2. Medidas relacionadas con la evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación e información para la seguridad y salud en el trabajo de los empleados de más edad .....	592
2.3. Movilidad funcional por razones de seguridad y salud en el trabajo .....	593
2.4. Medidas en el marco de la protección social. En especial, la jubilación anticipada derivada de trabajo penoso .....	594
3. Los retos de las personas trabajadoras mayores frente a la digitalización de las relaciones laborales .....	596
<b>UNA CUESTIÓN INACABADA: DESEMPLEO AGRARIO EN ANDALUCÍA Y EXTREMADURA (DE FIJEZA DISCONTINUA Y EVENTUALIDAD) .....</b>	<b>599</b>
FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO	

1. Un tema clásico traído a la actualidad .....	600
2. Un serial pendiente de la última entrega: repasando fechas y contextos .....	601
2.1. Comienzos de la década de los 80 .....	601
2.2. Las reformas sucesivas y el fraude “omnipresente” .....	603
2.3. Las nuevas reglas de comienzos del milenio .....	604
2.3.1. Una extinción que se alarga durante años: intenciones contadas y finalidades ocultas .....	604
2.3.2. Una nueva prestación contributiva .....	606
2.3.3. La renta agraria .....	606
2.3.4. La “ampliación” a los fijos discontinuos .....	607
2.3.5. La “desaparición” del régimen especial agrario .....	608
2.3.6. Nada parece cambiar .....	609
3. A modo de reflexión final .....	610

### **INCONGRUENCIAS GUBERNAMENTALES ACERCA DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN .....**

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

1. Edad ordinaria de jubilación .....	612
2. Jubilación anticipada .....	613
3. Prejubilaciones pactadas con cargo al erario .....	613
4. Edades especiales de jubilación .....	615
5. Incompatibilidad de la jubilación con otra remuneración pública .....	617
6. Consolidación de la separación de fuentes y del equilibrio financiero .....	618
7. Extra: la no cotización por desempleo .....	619
8. Conclusión .....	620

### **EL HOMBRE ANTE EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y SU SUCESOR POR BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS .....**

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. Introducción .....	622
2. El acceso al complemento por maternidad en similares condiciones que la mujer .....	624
3. El complejo, tortuoso y quizás discriminatorio acceso del hombre al complemento por brecha de género .....	625
4. Consideraciones finales .....	628
5. Bibliografía .....	620

### **LA ELASTICIDAD DE LAS NUEVAS SITUACIONES PROTEGIDAS POR EL COMPLEMENTO DE BRECHA PRESTACIONAL .....**

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

1. El punto de partida: las razones de su introducción en 2016 .....	632
2. La mujer como principal beneficiaria, incluso tras el RDL 3/2021 .....	635
3. El acceso (excepcional) de los hombres después del RDL 3/2021 .....	636
4. La progresiva ampliación en atención a los requisitos exigidos respecto de las hijas y de los hijos .....	638
4.1. La lógica extensión a hogares con un solo hija/hijo en la reforma del RDL 3/2021 y su modulación según el número de hija/hijo comunes o no comunes .....	638
4.2. La ampliación hacia la gestación, aunque no implique cuidado familiar, a través de la interpretación judicial .....	639
5. Conclusiones: nuevas situaciones, nuevas incertidumbres .....	640

### **EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL .....**

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

641

1. Introducción .....	642
2. El derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo: el juicio de proporcionalidad .....	644
3. La proporcionalidad de la contratación a tiempo parcial: algunas manifestaciones en las prestaciones de seguridad social .....	645
3.1. La incidencia de la parcialidad en la determinación del período de cotización: sucesiva revisión de criterios .....	646
3.2. La incidencia de la parcialidad en la determinación de la cuantía de algunas prestaciones .....	648
3.2.1. Cuantificación de la prestación por desempleo .....	648
3.2.2. Cuantificación de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente .....	649
4. Consideración final .....	651

**LA RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL POR LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL .....** **653**  
MANUEL GARCÍA MUÑOZ

1. Introducción .....	654
2. La determinación de la enfermedad profesional .....	655
3. La declaración y asunción de la responsabilidad de las mutuas colaboradoras por las prestaciones derivadas de enfermedad profesional .....	658
3.1. Con anterioridad al 31 de diciembre de 2005 .....	659
3.2. Con posterioridad al 31 de diciembre de 2007 .....	661
4. Conclusiones .....	663

**LA PENSIÓN COMPENSATORIA COMO REQUISITO DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL Y DISOLUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO .....** **665**  
CRISTINA BLASCO RASERO

1. Consideraciones preliminares .....	666
2. El limitado reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado beneficiario de una pensión compensatoria .....	667
3. La pensión compensatoria como condición para obtener la pensión de viudedad en el supuesto de resolución de la pareja de hecho .....	670
4. Reflexiones finales .....	674

**INCIDENCIA EN ESPAÑA DE LA DIRECTIVA 2019/1158, DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL, EN LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES .....** **677**  
MARIA DOLORES VALDUEZA BLANCO

1. Introducción .....	678
2. La necesaria e inaplazable solución al problema de los cuidados en la sociedad del siglo XXI .....	678
3. La igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo: pasos claves en el ordenamiento jurídico supranacional .....	680
3.1. De la declaración universal de derechos humanos a la agenda 2030 .....	680
3.2. De los tratados de la unión europea a la estrategia para la igualdad de género (2020-2025) .....	681
4. La directiva 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores .....	681
5. La transposición de la directiva 2019/1158 en el ordenamiento jurídico español .....	683
5.1. Aproximación a los pasos más relevantes en la igualdad entre hombres y mujeres en el ordenamiento jurídico español .....	683

5.2. Incidencia de la directiva 2019/1158 en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres .....	685
<b>LOS SUBSIDIOS DE DESEMPLEO: ¿CONDENADOS A DESAPARECER? .....</b>	<b>687</b>
HENAR ÁLVAREZ CUESTA	
1. Introducción .....	688
2. Requisitos comunes de acceso: en particular, la acreditación de la pobreza .....	687
3. Más dudas que certezas: ¿es necesario mantener todos los subsidios por desempleo? .....	690
3.1. Subsidio por responsabilidades familiares .....	691
3.2. Subsidio para trabajadores maduros (mayores de 45 años) .....	692
3.3. Emigrantes retornados .....	692
3.4. Personas con incapacidad declaradas capaces para el trabajo .....	693
3.5. Liberados de prisión y otras circunstancias semejantes .....	693
3.6. Subsidio “contributivo” .....	694
3.7. Subsidio de prejubilación .....	695
4. Las distintas duraciones de los subsidios .....	695
5. La cuantía del subsidio .....	697
6. Conclusiones .....	697
<b>ASPECTOS DESTACABLES DE LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE .....</b>	<b>699</b>
BERNARDO PINTO PABÓN Y FRANCISCO VALDEZ MORILLO	
1. Introducción .....	700
2. Pacto de Toledo de 2020 .....	701
3. La ley 21/2021, de 28 de diciembre .....	701
3.1. Jubilación demorada .....	702
3.2. Reducción de la cotización de los trabajadores de 62 años y más en situación de IT .....	702
3.3. Jubilación activa. Cotización especial de solidaridad .....	703
3.4. Compatibilidad trabajo y pensión de jubilación de profesionales colegiados asegurados con mutualidades alternativas al reta. Cotización especial de solidaridad .....	704
4. Aspectos prestacionales más destacados de la ley 21/2021, de 28 de diciembre. ....	704
4.1. La revalorización de las pensiones .....	704
4.2. La prestación de jubilación .....	705
4.3. La pensión de viudedad .....	707
<b>SOLIDARIDAD Y SISTEMA PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL: APUNTES PARA EL DEBATE .....</b>	<b>709</b>
EUSEBIO COLÁS NEILA	
1. La idea de solidaridad como esencia del estado social .....	710
2. El profundo “significado emocional” del término solidaridad .....	710
3. Semánticas de solidaridad en el lenguaje normativo .....	711
4. Semánticas de solidaridad en el lenguaje jurisprudencial. ....	712
5. Mecanismos normativos de solidaridad: la preeminencia de una solidaridad “exclusiva” derivada de consideraciones financieras .....	714
6. El paradigma del “buen antepasado”: sostenibilidad (financiera y social) y solidaridad inclusiva .....	716
7. Bibliografía .....	717
<b>RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA PRESTACIONAL. APUNTES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE IMPUTACIÓN Y PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN .....</b>	<b>719</b>
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA	



1. Introducción .....	720
2. Antecedentes .....	720
3. La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial .....	721
4. Algunas ideas en orden al futuro reglamento de responsabilidsd empresarial en orden a las prerstaciones de la seguridad social .....	724
4.1. La necesidad de un reglamento que regule de forma completa el régimen de responsabilidades empresariales en materia de prestaciones de la seguridad social .....	724
4.2. Ámbito de aplicación .....	725
4.3. Responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento en materia de inscripción de empresas, afiliación y/o alta o bajas .....	726
4.4. La responsabilidad prestacional derivada de los incumplimientos en materia de cotización .....	726
5. El procedimiento administrativo para determinar la responsabilidad empresarial .....	729

**HACIA UNA DIDÁCTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: TRASCENDENCIA PARA LA UNIVERSALIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE .....** **731**

MARTÍN GÓMEZ SILVA

1. Introducción .....	732
2. ¿Por qué una nueva didáctica específica interdisciplinaria? .....	732
3. El problema de la universalización de la seguridad social .....	733
4. La seguridad social como campo epistemológico interdisciplinario .....	734
5. Sujetos de aprendizaje .....	736
6. Habilidades de dominio .....	736
6.1. Pensamiento crítico .....	736
6.2. Pensamiento ético .....	737
6.3. Habilidades técnico-metodológicas .....	737
6.4. Habilidades sociocomunicativas .....	738
7. Didáctica de la seguridad social y construcción de ciudadanía .....	738
7.1. Desarrollo de la didáctica de la seguridad social (currícula, programación didáctica, etc.) .....	738
7.2. Construir ciudadanía .....	739
7.3. El talento de la docencia en seguridad social .....	739
8. Bibliografía .....	739

**REFLEXIONES EN TORNO AL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL: LA DIMENSIÓN NO CONTRIBUTIVA .....** **741**

SUSANA BARCELÓN COBEDO

1. Consideraciones generales sobre el modelo de seguridad social. El reforzamiento del elemento contributivo .....	742
2. La dimensión no contributiva: los avances hacia la universalidad .....	746
2.1. Principio de universalidad: el ingreso mínimo vital .....	748

## PRÓLOGO

La jubilación de Santiago González Ortega como miembro del cuerpo de Catedráticos de Universidad, como la de cualquier funcionario al que se le impone de manera forzosa esa situación por razón de edad, era un evento previsible y más que determinado en el tiempo, también para aquellos que nos consideramos -con mucho orgullo- sus discípulos. En estos casos, una más que plausible tradición de la academia marca la justicia que representa la rendición de un mínimo tributo al Maestro, normalmente en forma de libro dedicado, pues coincide además con lo mejor que nos enseñó: la ilusión por estudiar y trabajar en la divulgación del conocimiento.

Sus propios actos, solicitando y adquiriendo como no podría ser de otro modo la cualificación imprescindible para continuar como Catedrático Emérito, y sobre todo su carácter y personalidad, que se resiste a cualquier estadio que evoque pasividad, nos llevaron sin embargo a pensar que era demasiado pronto y que había tiempo más que suficiente para organizar este tipo de reconocimientos en el futuro, pues, como todos los premios a una carrera o a una larga trayectoria podía interpretarse como una especie de invitación al retiro. Avatares de salud, estos sí, del todo imprevistos, nos hicieron tener que reaccionar de una forma intemperada, pero sin que apenas tuviésemos tiempo para caer en el nerviosismo, pues muy pronto comprobaríamos la verdad que atesora el adagio sobre la siembra y la recolección.

Y es que a poco que los miembros de esta comisión ad hoc comenzó a llamar a aquellos compañeros a los que por alguna u otra razón creíamos que guardaban un mayor grado de afinidad con el Prof. González Ortega, a efectos de hacer más amplio el tributo al tiempo que garantizar esa empatía que asegure que la colaboración no se convirtiera en ningún caso en un acto obligado sino en una verdadera adhesión al acto de su homenaje, comprendimos que cualquier problema relacionado con el tiempo, la disponibilidad personal o hasta la asignación de los temas de estudio no existiría. Es más, igual de pronto nos dimos cuenta, literal y como coloquialmente suele decirse, que el asunto se nos había escapado de las manos. Muchos han sido los colegas de dentro y fuera de la Universidad, incluso del exterior, que han querido participar en esta obra, y eso que todas las fases preparatorias se llevaron a cabo con un extraordinario sigilo, y a los que desgraciadamente se les tuvo que decir que resultaba imposible por razones materiales. A todos ellos, de antemano, nuestra disculpa más sincera al tiempo que el máximo agradecimiento por su ofrecimiento y comprensión. En resumen, puede afirmarse en este caso y con rotundidad que son todos los que están, pero que no están, ni mucho menos, todos los que en verdad son.

De hecho, esta misma razón de un abordaje mínimamente razonable del producto final nos obligó, desde un principio, a tener que solicitar a todos los participantes la máxima concreción en los análisis, lo que han cumplido por cierto con una extraordinaria pulcritud, haciendo que el libro que ahora se presenta se caracterice, en primer lugar, por

contener un conjunto de estudios extraordinariamente ágiles y muy apetecibles por ello mismo de leer. Siguiendo una tradición bibliográfica sin duda mucho más extendida en otros países de nuestro entorno que en el nuestro, los trabajos se centran en una materia muy concreta o se estructuran, cuando es más general su objeto, a efectos de dar a conocer los problemas principales que detecta cada autor, así como la posición propia que quiere defender, más que en el repaso de otras interpretaciones ajenas o de cuestiones más colaterales.

La segunda gran característica a destacar de esta obra, más allá de la que representa el perfil y el nivel profesional de los colaboradores que la han hecho posible, es su vocación por incluir todas las cuestiones representativas que abarca el área de conocimiento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con especial hincapié en aquellos títulos y especialidades que merecieron un análisis más detenido por el propio Prof. González Ortega. De ahí que varios trabajos hayan optado por revisitar algunas de sus publicaciones más emblemáticas. Amplitud material que hace que sus contenidos se sistematicen en torno a tres grandes bloques temáticos. A saber: Relaciones Laborales, en el que se agrupan las aportaciones relativas al Derecho Individual o Contractual, así como al Derecho Sindical y Colectivo del Trabajo; el Derecho de la Prevención de Riesgos y de la Salud Laboral, al que se ha dedicado desde sus primeras investigaciones el Prof. González Ortega y en el que se erigirá, de hecho, en autor de referencia con sus análisis sobre sus principales manifestaciones legislativas y reglamentarias; por último, pero no menos importante sino todo lo contrario, el bloque dedicado al Derecho de Protección Social, en el que se integran no solo los trabajos sobre el Sistema de Seguridad Social en su sentido más estricto, también sobre el conjunto de las manifestaciones asistenciales y no contributivas propias de un Estado Social en constante progresión, a cuyo desarrollo ha contribuido de manera indudable con su obra y magisterio nuestro querido y muy admirado Profesor.

No debe cerrarse esta primera parte del prólogo, mera presentación del libro mejor, sin una mención a lo que el lector no encontrará en el mismo, pese a ser también una especie de costumbre por su generalizada reiteración en este tipo de publicaciones. Nos referimos a la reseña o crónica de los principales hitos de la vida académica del homenajeado, que la mayor de las veces se realiza, además, con la publicación de su curriculum vitae. La misma razón relativa a la extensión material de la obra ya abonaría lo inadecuado de su inclusión, pero si a lo anterior se le une el dato de la extensísima relación de méritos que habría que listar e, incluso, la posibilidad de su acceso y consulta con un mero click en la red, se comprenderá mejor su elusión.

\*\*\*\*\*

Cuando se plantea hacer una semblanza personal de una persona a la que se respeta y admira, lo que se tiene que decir debe ser cierto y necesario para conseguir el objetivo que se persigue, que no es otro que dar a conocer y destacar los aspectos más descollantes de la persona protagonista de ese retrato.

Lo complejo de este reto es que, cuando quien dibuja esa semblanza ha compartido largo y personal camino con el interesado, inevitablemente se mezclan sentimientos, emociones y vivencias, y quien hace la semblanza debe ser lo más neutral posible, algo que no siempre es alcanzable. Ello dependerá del grado de vinculación entre el que escribe y el sujeto del esbozo. Cuando hay un vínculo serio, profundo y, además, profesional, se

necesita de un golpe de inspiración, que haga que el bolígrafo se deslice como si se tratara de la descripción de una misma. En esta situación me encuentro con el Profesor Santiago González Ortega.

No pretendo lograr una neutralidad impostada, ni una objetividad forzada, eso es posturo. Siempre he pensado que explicar cómo es un amigo, hace que la subjetividad impregne el relato y, cierto es que no voy a evitarlo. Intentaré hacer una semblanza desde el conocimiento, de los sentimientos y de las experiencias, ya que sus cualidades profesionales y académicas, por públicas, son sobradamente conocidas.

Pues bien, son tres los rasgos que distinguen al Santiago como persona: la generosidad, la humanidad y la sinceridad. Voy a sobrevolar sobre cada uno de estos aspectos esenciales que le caracterizan y transmitir el perfil de una persona única y de las que, lamentablemente, ya no quedan muchas en general, y en el ámbito académico en particular.

Si nos acercamos en primer lugar a una de sus principales virtudes, la sinceridad, nos daremos cuenta que quienes nos hemos acercado desde el principio a él, hemos tenido el privilegio de conocer a una persona auténtica y sincera, que no engaña ni de palabra ni de acción. Esta sinceridad le ha conllevado, a veces, enemistades inexplicables, pues se supone que la mayoría de las personas quieren que te acompañen diciéndote las cosas como son. En este sentido, esta valiosa cualidad que Santiago atesora, no gusta en los ámbitos académicos; se prefiere y promociona la hipocresía, la ambigüedad y si se me permite el tono coloquial, se valora más el quedar bien con todo el mundo (sea quién sea el de enfrente) que ser sincero.

No deja de ser cierto que la sinceridad confronta con las formas y el resultado puede ser negativo. Quizás ese sea el “pequeño pecado” de Santiago que, aunque matizado o atemperado con los años, no le permite suavizar su sinceridad con formas sutiles o delicadas. Pero en la vida no se puede pedir todo, ni tenerlo.

El segundo rasgo es el de la generosidad. Esta virtud escasea mucho en estos tiempos, pero Santiago la tiene, y la tiene, usando una expresión manchega, “a espuestas”. La generosidad tiene distintas vertientes, la más potente, en la actualidad, es la económica. No obstante (aunque también) yo me refiero a esa vertiente consistente en regalar tu tiempo, y con ello compartir, acompañar, enseñar y aprender. En fin, la generosidad que consiste en estar “siempre ahí”.

Quien avanza en la vida con el profesor Santiago González Ortega a su vera, tanto en lo profesional como en lo personal, se va impregnando de esa generosidad, que el agraciado con ella siente muy intensamente. Por supuesto, no todos saben aprovechar el aprendizaje en esta forma de vivir generosa. Pero a estas personas no nos interesa darles protagonismo en estas líneas. Se identifican y están identificados sin tener que incidir en ellos.

El profesor González enseña y forma a sus discípulos con el ejemplo, practicando lo que él denomina la solidaridad colectiva que, sin lugar a dudas, es un incentivo, casi de los más valiosos, para permanecer en la Universidad. De esta forma, el aprendizaje universitario se empapa del colaborar, ayudar, impulsar hacia delante, a los profesores que se inician en esta ardua tarea, a sí mismos y entre ellos. El Profesor González Ortega siempre tiene tiempo para atenderte, para enseñarte, para corregirte y regañarte, para felicitarte en los pequeños y grandes avances y, para disfrutar de los éxitos obtenidos junto a sus pupilos. Se trata de una cualidad rara en nuestros días, que quien la hemos disfrutado

la agradecemos inmensamente. Claro, esto parece inaudito en la vida universitaria, donde en la mayoría de las ocasiones el profesor novel (y el que no lo es tanto) se encuentra solo, remando con las tareas encomendadas desde “la superioridad”, pero que no le pertenecen y que encara con poca ilusión, que a veces acaba en el agotamiento.

En este orden de cosas, tengo que añadir una pincelada más en este boceto apresurado, que es la conclusión de todo lo dicho en los párrafos anteriores. Cuando el Profesor González Ortega llega a un entorno universitario (le tuve que esperar en la Carlos porque llegó dos años más tarde que yo, eso sí, menos mal que esperé), integra a los grupos de profesores, los dinamiza dándoles energía para la realización de proyectos investigadores y de docencia exitosos y, como no podía ser menos, casi todos ellos agradecen un camino profesional que les interrelaciona y que les gusta. Esta vivencia existió y existirá en todas las universidades por donde ha pasado, dejando un sello o impronta indeleble que nadie podrá borrar, aunque algunos se empeñen.

Por último y no por ello el menos importante, el rasgo de la humanidad. Si la precitada virtud escaseaba, esta puede decirse que ya no existe. En un mundo estresado, competitivo, donde a nadie parece importarle cómo se encuentra “el de al lado” sino solamente uno mismo, este rasgo desborda en la persona de Santiago y con la mayoría de los profesores más cercanos a él.

Los reflejos de esta humanidad que le caracteriza, se ven en los más pequeños aspectos de la vida cotidiana. No voy a hacer un listado, pero si voy a destacar su significado. En un mundo deshumanizado, donde a nadie parece importarle como te encuentres, ni física ni psicológicamente, donde conciliar (seas hombre o, aún peor, mujer) le interesa a nadie; donde lo que importa es la productividad y competir para que nadie te “adelante” en la vida universitaria; en organizaciones donde tienes que tener disponibilidad universitaria casi absoluta, para cualquier tarea exigida imperativamente, encontrar un Maestro que entiende las dificultades personales y familiares que se puedan presentar en los compañeros que aprenden de él o que trabajan con él ( con un trato siempre basado en el plano de igualdad y no importando en que categoría universitaria te encuentres)... Todo ello constituye un lujo y riqueza que nadie suele recibir en el ámbito profesional universitario, pero que los que hemos tenido la suerte de estar a su lado hemos recibido como el más preciado de los dones, no por más cotidiano menos preciado.

Por ir terminando esta breve semblanza, diré que la conjunción del talento científico y profesional del profesor González Ortega y la valía humana que tiene, hacen del él una persona excepcional y genuina. A la luz del camino recorrido con el Maestro, sus discípulos solo podemos expresar un profundo sentimiento de gratitud por haber tenido la suerte de compartir por dilatado tiempo su talento, su ciencia, su forma de enseñar..., es decir, su vida profesional y personal, lo que, sin duda, nos hace ser mejores. Ojalá que podamos seguir su ejemplo, que su impronta quede siempre grabada en nuestro quehacer universitario, y que podamos transmitirla a las próximas generaciones de profesores.

Susana Barcelón Cobedo, Carmen Carrero Domínguez y Sebastián de Soto Rioja, en nombre de muchos más.

**PARTE I**  
**RELACIONES LABORALES**



## LA HUELGA, UN DERECHO FUNDAMENTAL ASEDIADO

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER

*Consejero Permanente de Estado*

1.-Dentro de la amplia y excelente obra de Santiago González Ortega me ha parecido conveniente reflexionar en torno a su brillante lección inaugural de curso en la Universidad Pablo Olavide sobre “La huelga: un derecho fundamental acorralado”, publicada en alguna revista, pero no suficientemente conocida ni valorada como se merece. En esa lección nuestro homenajeado muestra tanto su calidad científica como su capacidad docente, pues ha realizado un valioso análisis crítico sobre la delicada situación actual del derecho de huelga, un problema no sólo nuestro. Se habla en el plano internacional de “la fin du droit de grève”, en Francia de los “entraves à l’exercice du droit de grève”, en Italia del “diritto di sciopero sotto assedio”, y en Gran Bretaña de la necesidad de repensar “the laws against strikes” para hacerlas más viables.

La lección de González Ortega se mueve en esa línea, a la vez, de denuncia y de propuesta. A su juicio, España “las condiciones, requisitos y límites que tanto la norma como la interpretación judicial mayoritaria imponen al ejercicio del derecho de huelga, considerados de forma conjunta como aquí se pretende, permiten llegar a la conclusión que el título anticipa”

La lección, sin caer en la casuística, ha examinado los límites “que obstaculizan el derecho de huelga y lo convierten, con carácter general, en una forma de presión sensiblemente desactivada y de eficacia limitada” pues pocos derechos fundamentales “se encuentran tan limitados como el de huelga”. Lo que se debería, en parte, a su dimensión colectiva y a su mayor incidencia en la vida normal de las empresas y de la gente, por eso “la regulación de la huelga se enfrenta a un difícil equilibrio dado los intereses en juego que afectan más allá de las partes del conflicto” y al proteger el derecho de huelga también lo limitan.

Para González Ortega no es cierto que la mejor ley de huelga sería la ausencia de ella, pues es necesario garantizar su ejercicio y la salvaguardia de los servicios esenciales de la comunidad. Lo que critica severamente es que nuestra regulación vigente sobre el ejercicio del derecho de huelga<sup>1</sup> trate, en su conjunto, de reducir su espacio y su efectividad. Para él

---

<sup>1</sup> Según sus palabras esos límites son “de naturaleza conceptual (es decir, lo que la huelga es y cómo está concebida, algo trascendental a los efectos de precisar su contenido y su alcance como derecho), pero también de carácter formal (requisitos de convocatoria, de comunicación, de preaviso), o modal (qué tipos de huelgas se consideran lícitas y cuáles no y qué comportamientos están admitidos en su contexto). También existen límites derivados de otros derechos e intereses que se confrontan con la huelga y a los que el ordenamiento jurídico da prevalencia (los llamados



“visto con una perspectiva más general y de futuro, es posible que esta tensión entre eficacia y límites del derecho de huelga lo que ponga de manifiesto no es tanto la inadecuación, indudable, de su regulación actual sino la propia identificación de la huelga como la mejor arma en manos de los trabajadores”.

Desde hace años los estudiosos de relaciones laborales están poniendo de manifiesto el declive de las acciones de huelga, que se refleja en un descenso del número de horas de huelga, especialmente en los sectores manufactureros o industriales que responde a diversos factores: las transformaciones estructurales de los mercados, la globalización y la concurrencia internacional, los cambios organizativos, en los modelos productivos y en los sistemas de trabajo, el incremento de trabajadores atípicos y el desempleo que crean sectores laborales sin poder colectivo, y el hecho de que la dinámica de la negociación colectiva requiera hoy menos la adopción de medidas de “lucha”, lo que, además de otras causas, ha reducido la propensión a adoptar medidas de conflicto por parte de los trabajadores y de los sindicatos.

Pese a ello, la huelga sigue siendo un derecho fundamental indispensable. Como afirma el autor, la huelga es “expresión natural del conflicto de clases, (que) implica un profundo desacuerdo con el orden social y económico imperante y persigue conseguir una mejor y más equitativa distribución de la riqueza” y un instrumento o herramienta imprescindible del que “disponen los trabajadores para disputar a los empresarios el reparto de los beneficios derivados de la actividad productiva”.

La huelga no es ya el elemento central de las relaciones laborales lo es más bien el subsistente conflicto obrero/patronal, para cuya canalización, por la desigualdad de poder en las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, son indispensables el sindicato, el convenio colectivo, y la huelga, todos ellos instrumentos de autotutela y de autonomía colectiva necesarios para asegurar la protección de los derechos e intereses de las personas que trabajan. Esa visión pluralista se enfrenta a una visión restrictiva o liberal de la huelga como derivada del derecho de asociación, que considera la huelga como una mera libertad al mismo nivel de protección de la libertad de empresa, una visión que critica el autor, por ser incompatible con nuestro marco constitucional.

Nuestra Constitución está claramente a favor de la huelga y ha reaccionado frente a su previa prohibición y represión al declararla derecho fundamental, y establece una diferencia manifiesta del grado de protección del derecho de huelga respecto a los derechos de negociación colectiva y de medidas de conflicto colectivo que regula el art. 37 CE. Ello se explica por el momento histórico en que se concibió el texto constitucional entonces el reconocimiento del derecho de huelga era una “prueba del algodón” para demostrar al mundo el carácter democrático del sistema político que el texto constitucional diseñaba, al ser ese derecho “an indispensable ingredient of a democratic society” (Kahn-Freund). Por ello, nuestra Constitución no permitiría una regulación o interpretación del derecho de huelga como un último recurso, ni tampoco, como se lee en la lección, una visión de la huelga como “una conducta no civilizada de fuerza”, que justificaría restricciones intensas a su ejercicio similares a las existentes en otros ordenamientos.

González Ortega destaca el contraste existente entre la aceptación constitucional de la confrontación de intereses como clases sociales contrapuestas en la economía social de mercado, elevando una mera libertad a derecho fundamental que legitima su operatividad y sus finalidades, con la valoración social negativa subyacente en las subsistentes normas reguladoras preconstitucionales, y también en las interpretaciones jurisprudenciales y prácticas posteriores que reflejarían un tinte negativo en la valoración de la huelga, asociándola con la violencia o con el quebrantamiento de la paz social. Según él, por esos prejuicios ideológicos,

---

servicios de seguridad y mantenimiento o los servicios mínimos son los ejemplos más evidentes de lo que se dice); o, en fin, límites impuestos tanto por el posible, aunque limitado, recurso empresarial a sus propias herramientas de conflicto en respuesta a la huelga (esto es, esencialmente, el cierre patronal), como, sobre todo, por la utilización de los poderes empresariales ordinarios con el fin de frenar la huelga, reducir su impacto o atenuar su efectividad”.

de hecho su regulación e interpretación judicial “sin ser represiva (no puede serlo debido a su condición de derecho fundamental), tenderá a ser restrictiva y limitadora; imponiéndosele controles para domeñar sus efectos y hacerlos asumibles, y limitándola o prohibiéndola en sus aristas o expresiones más agresivas, paradójicamente las más eficaces vistas desde la lógica de la función de la huelga”.

El problema del ordenamiento español sigue siendo que no haya habido un desarrollo por ley orgánica del art. 28.2 CE para tutelar y proteger el ejercicio efectivo de este derecho fundamental. Como es bien sabido siguen vigentes en buena parte el espíritu y las reglas establecidas por el Real Decreto-ley 17/1977 que podrían haberse considerado derogadas directamente por la Constitución a la vista de su finalidad primordial, hacer frente a los movimientos huelguísticos del momento, que se oponían a una mera reforma del sistema político autoritario y excluir a los sindicatos libres de todo control sobre las huelgas.

2.- El Tribunal Constitucional, con la mejor intención, quiso asegurar la operatividad inmediata del derecho de huelga admitiendo la vigencia porque los recurrentes insistieron para impugnar el RDL argumentos formales de necesidad de ley orgánica. Para salvar su constitucionalidad ha tratado de reinterpretarlo y de depurarlo para hacerlo conforme con el texto constitucional, en una labor materialmente de legislador activo. Recoser y remendar ese texto legal tuvo ventajas para la operatividad inmediata del derecho, pero supuso asumir buena parte de la opción política en la que el RDL se basaba, totalmente incompatible con el texto constitucional. Destaca el autor que el Tribunal Constitucional consideró que no debía opinar sobre la opción política que estaba en la base de toda la disposición, desde la idea de que había otras opciones posibles (que, en su caso, correspondería adoptar al legislador orgánico), pero con ello ni examinó críticamente ni se opuso a esa opción política por lo que implícitamente la dio por buena aunque no estuviera en línea con los valores constitucionales, ni decidida por poderes públicos democráticos. El problema ha sido que STC 11/1981 al aceptar o no rechazar esa opción política restrictiva de la huelga, sin proponérselo ha dificultado o evitado un desarrollo legislativo del derecho de huelga con base democrática parlamentaria, que respondiera a opciones políticas constitucionalmente admisibles en lo que ha tenido alguna responsabilidad la doctrina que asumió que el contenido del derecho de huelga fuera el establecido en el RDL interpretado a la luz de la STC 11/1981, aunque las sentencias dejara claro que su doctrina era un primer acercamiento al tema que debería ser completado por jurisprudencia posterior y por la regulación legal pertinente.

Según González Ortega, en la STC 11/1981 el Tribunal Constitucional se detuvo en los detalles de la regulación desde una perspectiva estrictamente aplicativa y centrando su juicio en la protección del contenido esencial del derecho de huelga, ignorando el modelo de huelga subyacente en la Constitución, que solo se deduce de algunas declaraciones generales contenidas a lo largo de la Sentencia, pero que no se reflejan en su fallo. Además, el Tribunal, en su función de control y “depuradora”, tomó en cuenta como criterio de enjuiciamiento sólo el contenido esencial del derecho con lo que, a su juicio, “acaba equiparando el contenido esencial del derecho con un contenido mínimo”, lo mínimo que ese derecho puede ser.

De ahí que, sigan operando hoy limitaciones dirigidas intencionadamente a impedir o a dificultar el uso del derecho de huelga. Aunque el Tribunal Constitucional haya tratado de limarlas y corregirlas, no ha logrado superar la contradicción entre la norma preconstitucional de rango legal limitadora del derecho de huelga y la posible existencia de una ley orgánica que asegurase y protegiera el ejercicio efectivo del derecho fundamental. El autor, en su magistral lección, examina de forma detenida esas contradicciones, en especial las referentes a los elementos sustanciales del derecho de huelga, a las que sólo me referiré.

3.- González Ortega recuerda que la huelga implica la amenaza de un daño a los intereses de la empresa, lo que le es consustancial y en donde reside su capacidad de convicción para doblegar la voluntad de la empresa en relación con las reivindicaciones planteadas. Esa

finalidad está en la propia base del derecho de huelga y “es contradictoria con la prohibición de algunas de sus finalidades”.

González Ortega reconoce que “es en la concepción del contenido esencial del derecho de huelga donde se encuentra su garantía, y dependiendo de ella que tales límites podrán ser más o menos amplios o más o menos incisivos, configurando bien un derecho de huelga ampliamente tutelado, garantizado o potenciado de otro fuertemente domesticado o constreñido”. Sin embargo, para él corresponde al legislador y a la doctrina judicial preservar en todo caso la potencialidad de la huelga “como medio de presión colectiva sobre los intereses empresariales para lograr los resultados que pretende”. Su eficacia dependería de la “incisividad” práctica de la presión ejercida o, de la repercusión negativa que la huelga pueda tener sobre los intereses económicos de la empresa por lo que “toda limitación de este impacto económico es, a la vez, una cortapisa de la eficacia del instrumento huelguístico”.

El Real Decreto-ley 17/1977 sería un buen catálogo de reglas para limitar ese impacto económico y para reducir la eficacia de la huelga, una línea de política legislativa que, como ya se ha dicho, la STC 11/1981 no ha querido valorar. Ello le llevará a un tipo de enjuiciamiento que el autor califica de “contractual”, no cabe olvidar que el ponente de la sentencia era un extraordinario civilista. Según él, en el trasfondo de toda la sentencia subyacería una idea de “razonabilidad” que implicaría eliminar la legalidad “de las formas de huelga más agresivas”, evitando “sus expresiones más eficientes”, para ello se ha aplicado a la huelga el art. 7.2 del Código Civil, la idea del ejercicio abusivo del derecho por el daño que produce cuando éste sea excesivo o desproporcionado, un límite externo al derecho de huelga pero que lo condiciona en cuanto limita su ejercicio si produce un “daño considerado anormal y, por tanto, antijurídico”.

Para González Ortega, los parámetros que recoge la Sentencia, la equivalencia o proporcionalidad de los sacrificios (en el caso de los trabajadores la pérdida de salario), los efectos “multiplicadores” de la huelga, y la mala fe en el ejercicio del derecho, no serían parámetros constitucionales sino propios del ejercicio privado de derechos civiles. Su aplicación tiene como consecuencia, como explica detenidamente el autor, “que sea la lógica del contrato y no la del ejercicio de un derecho fundamental la que acaba condicionando la interpretación... en vez de juzgar como adecuar el desenvolvimiento del contrato de trabajo al ejercicio y eficacia del derecho fundamental de huelga”, con el agravante de ignorar la dimensión esencialmente colectiva del derecho de huelga.

La utilización de esos criterios habría conducido, según sus palabras, “a una fuerte limitación de las modalidades de huelga que pueden ser utilizadas sin sufrir un reproche de ilicitud”, y a la sola protección de una modalidad de huelga ejercitada “con costes razonables, mediante formas igualmente razonables, pretendiendo intereses también razonables y haciendo un uso razonable y comedido de su capacidad de causar un daño a los intereses empresariales”. Todo ello, sería el resultado de haber aceptado la vigencia del art. 7.2 RDL, aunque suavizando, al reinterpretarlo, su regulación restrictiva mediante una lectura menos rigurosa de la presunción de “abusividad”. Pero para él esa lectura corregida sigue socavando fuertemente la eficacia de la huelga “al reducir la huelga a un formato lo menos costoso para los empresarios y lo más para los trabajadores”, “con lo que ello supone de desincentivo a apoyar los movimientos huelguísticos”.

Ese desincentivo también se refleja en el propósito del RDL de no reconocer el papel del sindicato en la huelga que implícitamente la Constitución admite al incluir en el mismo artículo los derechos de huelga y de libertad sindical, y que luego consagra la Ley Orgánica de Libertad Sindical. El RDL parte de una visión individualista del derecho de huelga, en una perspectiva como “derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo”, relegando lo colectivo solo al contexto donde ese derecho se ejercita. Esa idea de titularidad individual de origen italiano está hoy muy cuestionada en ese ordenamiento, y que también cuestiona

González Ortega, más favorable a una idea de titularidad colectiva “que implica un gobierno igualmente colectivo del conflicto y de la huelga como expresión del mismo”. El derecho de huelga sería más bien un derecho de titularidad colectiva de voluntario ejercicio individual.

El RDL parte de la falta de control colectivo de la huelga, la cual dependería de una decisión individual plural, con una protección específica de la no participación en la huelga aparentemente para respetar la libertad de trabajo de los trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga, que nuestra jurisprudencia ha conectado con el derecho al trabajo del art. 35 CE, o sea como un derecho constitucional a no hacer huelga, favoreciendo, como nos dice González Ortega, la ruptura de la unidad del grupo, lo que sería un “atentado a la propia eficacia de la acción colectiva”, al crear un “arma” a disposición de los empresarios y convirtiendo a los disidentes en “colaboradores” del empresario frente a la huelga.

Ese derecho rozaría con la prohibición del esquirolaje que establece el propio RDL, con el riesgo de utilizar la negativa a hacer huelga como forma de lograr ganancias individuales, lo que nada tiene que ver con el ejercicio de la libertad de trabajar a que se reduce el derecho al trabajo en el art. 35 CE. Por ello, según él, la decisión de no hacer huelga no puede acogerse bajo la protección del derecho al trabajo, ni puede funcionar al mismo nivel de la protección del derecho de quien quiera adherirse a ella, lo que es consecuente con su concepción de la huelga como un derecho de titularidad y ejercicio colectivo, aunque su ejercicio, a nivel individual, sea libre.

4.- Dentro de las limitaciones a la huelga, González Ortega examina la encomienda a la ley que establece el art. 28.2 CE a establecer las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. La falta de ese desarrollo legal ha dado lugar a la aplicación del art. 10.2 RDL 17/1977, que se refiere a la “prestación de cualquier género de servicio público o de reconocida e inaplicable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, autorizando a la autoridad gubernativa a acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios”. El autor critica que la STC 11/1981 y sentencias constitucionales y ordinarias posteriores hayan considerado que la norma preconstitucional cumple el objetivo del mandato del art. 28.2 CE, y hayan identificado los servicios esenciales de la comunidad (concepto elaborado con rigor por el Comité de Libertad Sindical de la OIT) con el mucho más amplio de servicios de reconocida e inaplicable necesidad, admitiendo, además, su calificación por la autoridad gubernativa, aunque sujeta a control judicial para definirlos y para establecer, como garantía de su funcionamiento, unos servicios que deben ser mínimos e indispensables para cumplir esa finalidad.

Esa confusión conceptual entre servicios esenciales y servicios de reconocida e inaplazable necesidad, se agravaría, según el autor, porque nuestra jurisprudencia y nuestra práctica han ampliado cada vez más esa noción, en contraste frontal con la doctrina restrictiva de la OIT (un caso límite es el del reconocimiento como servicio esencial la zona comercial de un aeropuerto). Con ello se ha ampliado notablemente la esfera de lo que para la Constitución serían servicios esenciales a efectos de limitar el ejercicio del derecho de huelga. Al mismo tiempo, la fijación práctica de servicios mínimos por una autoridad gubernativa devalúa cada vez más el derecho de huelga al lleva en algunos casos a considerar como tales el mantenimiento pleno de todos los servicios.

La fijación de servicios mínimos está prevista en el RDL, pero no se impone necesariamente en el texto constitucional. Podría ser una medida incluíble dentro de las reservas del art. 28.2 CE en cuanto asegure el mantenimiento de los servicios esenciales. Sin embargo, como el autor nos dice, en la práctica esa fijación de servicios mínimos (anulada muchas veces ex post por decisiones judiciales) va mucho más allá de lo que serían los servicios mínimos, y la jurisprudencia constitucional y ordinaria obligan a cumplir de inmediato medidas gubernativas que con frecuencia no respetan ni toman en cuenta los precedentes judiciales, reiterando medidas similares a las anteriormente anuladas judicialmente. Según él, ello ha creado un

“espacio de inseguridad jurídica que solo beneficia al sujeto que impone tales servicios mínimos, perjudicando habitualmente al derecho de huelga de los trabajadores, obligados a prestar unos servicios que, no infrecuentemente, quedan deslegitimados con posterioridad”.

Frente a esas prácticas el autor propone un desarrollo legal que haga el listado de las actividades productivas considerables como servicios esenciales de la comunidad o que se cree un sistema como el italiano que pueda resolver de forma inmediata, pero siempre antes de que la huelga comience, los conflictos que puedan suscitarse en torno a los servicios mínimos, eliminando la actual inseguridad jurídica que, además, genera o agrava el conflicto.

Por otro lado, González Ortega cuestiona la vigencia del art. 6.7 RDL 17/1977 que impone en las huelgas ordinarias los llamados servicios de seguridad y mantenimiento “ya que su función es preservar los intereses económicos de la empresa y restringir, una vez más, el impacto de la huelga al obligar al comité que garantice que la actividad productiva pueda reanudarse de forma inmediata tras el fin de la huelga y que ésta no haya supuesto daños a las personas, instalaciones y bienes de empresa”, opinión que puede ser algo radical en cuanto a lo que se refiere a servicios estrictos de seguridad personal que pueden causar daños a las personas. Sin embargo, el autor reconoce que la jurisprudencia ha hecho una interpretación muy restrictiva del ámbito de esos servicios exigibles de seguridad y mantenimiento, aunque no haya resuelto el problema de la competencia para designar a los trabajadores encargados de esos servicios cuyo control judicial previo o inmediato no se asegura como debiera.

5.- Siguiendo esta relación de limitaciones sustantivas al derecho de huelga (y dejando de lado los problemas de cuales han de ser los fines u objetivos de la huelga en los que la jurisprudencia y la realidad práctica han desbordado los límites severos establecidos por el RDL 17/1977), la lección examina un tema sobre el que ya había reflexionado, el del llamado “deber de paz”, que en otros ordenamientos constituye el centro de la llamada parte obligatoria o contractual del convenio colectivo, pero que en el art. 11 c) RDL 17/1977 implica la ilegalidad de la huelga cuya finalidad sea “alterar dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo”. Esta prohibición de acudir legalmente a la huelga durante su vigencia, vinculada a la idea del convenio “como una suerte de tratado de paz durante el cual deben suspenderse obligatoriamente las hostilidades”, fue impugnada en el recurso de inconstitucionalidad contra ese RDL, un motivo de inconstitucionalidad que se rechaza, pero, según González Ortega, “con razones que, en gran medida, acaban dando razón al recurso”.

En efecto, la interpretación que de ese artículo hace la STC 11/1981 considera ese deber de paz un deber de paz relativo, referido solo a lo negociado (salvo pacto colectivo en contrario) y permite huelgas para propiciar una determinada interpretación del convenio, para establecer condiciones de trabajo no reguladas en el mismo, en caso de incumplimiento del convenio colectivo o cuando haya habido un cambio radical de circunstancias. Pese a ello, crítica González Ortega que ello implica la concepción de la huelga como una mera “acción funcional a la negociación del convenio” y, por ello, se establece la inatacabilidad de lo pactado y la necesidad de respeto a lo acordado durante la vigencia del convenio, permitiéndose solo huelgas funcionales a la propia aplicación del convenio.

Según el autor, “de lo anterior puede concluirse que, efectivamente, el modelo de huelga que tolera el RDL 17/1977, pese a la interpretación correctora del Tribunal Constitucional, es el de la huelga contractual, en la práctica subordinada a la negociación del convenio y condicionada por el respeto del mismo durante toda su duración”, lo que contrasta, por cierto, con normas legales posteriores que imponen la prevalencia aplicativa del convenio de empresa o el descuelgue previsto en el art. 82.3 ET, “la mayor agresión legalmente permitida a la integridad y a la vigencia del convenio colectivo, justamente el mismo valor que se dice proteger mediante el modelo de huelga contractual”, una aplicación implícita de la cláusula *rebus sic stantibus* que no se admite para la parte trabajadora..

Desde el punto de vista conceptual, el deber de paz se contrapone con la visión individualista del derecho de huelga, admitiendo una renuncia colectiva del ejercicio de ese derecho por un compromiso que, según el autor, no debería vincular pues “ninguna otra persona puede renunciar a él en su nombre condicionando su ejercicio futuro. Esos argumentos que no fueron admitidos por el Tribunal Constitucional aceptando la posibilidad prevista en el art. 8.1 RDL 17/1977 de renuncia colectiva del derecho de huelga que condiciona a los trabajadores incluidos en el ámbito del convenio”. En este tema siempre hemos discrepado pues desde una visión colectiva tanto de la huelga como del convenio colectivo la autonomía colectiva y los medios de autotutela colectiva pueden limitar la autonomía individual en el sentido de su sujeción a decisiones colectivas. La posibilidad de establecer en el convenio colectivo compromisos de paz es un elemento connatural de la autonomía colectiva y del propio convenio colectivo, sin que sea propiamente una renuncia colectiva al ejercicio del derecho de huelga de la que incorrectamente habla el citado art. 8,1 RDL.

Cosa distinta es la crítica que se formula a la posibilidad de imponer un arbitraje obligatorio que bloquee la acción colectiva que prevé con carácter excepcional el art. 10 RDL 17/1997, lo que según el autor limita el ejercicio del derecho con efectos permanentes y definitivos respecto a un concreto conflicto colectivo mediante la designación de un árbitro cuyo laudo tiene el mismo valor que un convenio pactado, lo que limitaría, a la vez, el derecho de huelga, el derecho de libertad sindical y el derecho de negociación colectiva. Pese a que la STC 11/1981 haya tratado de restringir ese arbitraje a las actividades necesarias para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, el precepto ha servido para legitimar intervenciones gubernamentales muy incisivas como la militarización del servicio de control aéreo y se aplica a huelgas de una repercusión muy limitada y difícilmente nacional, o con un impacto económico muy concreto, como huelgas de pesca provinciales o limitadas a una concreta empresa extremeña, no aplicando la exigencia del impacto grave y notable en la economía nacional, con argumentos que implícitamente parecen aludir al abuso de la huelga, se ha hecho del arbitraje obligatorio un instrumento habitual y no excepcional para poner fin a huelgas con una cierta dimensión económica y social, reduciéndose así la capacidad de huelga que sería “solo tolerable mientras que no cause una alteración excesiva de la normalidad social y productiva”.

6.- Un último tema que aborda la lección es el de las facultades de reacción del empresario a las posibles acciones empresariales de respuesta a la huelga, notablemente ampliadas en las nuevas formas organizativas y productivas. El autor reconoce que la STC 11/1981 ha negado que exista paridad de trato entre las medidas de conflicto nacidas en el campo laboral y las que tienen su origen en el sector empresarial, puesto que la propia huelga trata de restablecer un equilibrio entre partes de fuerza económica desigual, y con el argumento de que con ello se lesionaría la libertad de trabajo de los no huelguistas, llegando a la conclusión de que el cierre patronal no puede ser ofensivo y que es contraria a la Constitución “toda medida de cierre que vacíe de contenido o impida el derecho de huelga”. A ello parece responder la regulación del cierre patronal en el RDL 17/1977, aunque para el autor la referencia al impedimento grave del proceso normal de producción ha de ser interpretada de forma muy restrictiva y extrema como instrumento de tutela de la integridad física y de evitación de daños a las cosas, siempre que el peligro sea notorio y el daño ocasional grave. El resultado de todo ello es el “papel real limitativo del cierre patronal en relación con la huelga”. Pero, el autor nos advierte de que existen otras formas empresariales mucho más sofisticadas y eficaces frente a la huelga a través del ejercicio de poderes empresariales dirigidas a paliar los efectos de la huelga, cuyo caso más paradigmático es el del llamado esquirolaje.

El RDL 17/1977 prohíbe, la sustitución de trabajadores por otros no vinculados a la empresa, o sea, el llamado esquirolaje externo. Para González Ortega la problemática la plantea el esquirolaje interno a través del ejercicio del poder de dirección frente a no huelguistas, y que el Tribunal Constitucional en Sentencias posteriores (123/1992 y 33/2011)

lo ha rechazado al declarar que la huelga reduce, anestesia o paraliza poderes empresariales que “en situaciones de normalidad pueden desplegar toda su capacidad potencial”, incluso cuando jefes y directivos por propia iniciativa y sin presunto conocimiento y aprobación de la empresa editaron un diario.

La complejidad del tema no permitía un análisis más particularizado, pero el autor señala el peligro que el concepto legal amplio de grupo profesional se utilice para evitar consecuencias normales de la huelga ampliando “las posibilidades empresariales de reacción, con el auxilio de los trabajadores no huelguistas” con el consecuente retroceso en la garantía de la eficacia de la huelga. Ello se refleja en la cuestionable doctrina sentada por la STC 17/2017.

En relación con este tema González Ortega plantea los problemas del llamado “esquirolaje tecnológico” para sustituir el trabajo de los huelguistas por medios técnicos alternativos, no sólo los digitales. La citada STC 17/2017 ha permitido cuando antes de la convocatoria de la huelga se vengán utilizando de forma habitual (en el caso, se trataba de la transmisión de un partido de fútbol), y también el llamado “esquirolaje organizativo”, la externalización a través de contrataciones externas de otras empresas, que la STC 75/2010 ha considerado contrario al derecho de huelga, pero que sentencias posteriores del Tribunal Supremo han interpretado restrictivamente limitándolas a las empresas del mismo grupo. Para él lo grave es que las sentencias más recientes, incluidas las del Tribunal Constitucional, invocando la libertad de empresa, afirmen que una cosa es tomar decisiones contra el ejercicio del derecho de huelga y otra que el empresario colabore activamente en su éxito (STS 16 de noviembre de 2016).

Ante esta situación, el autor afirma que “el terreno del esquirolaje, en cualquier de sus versiones, es donde hoy se juega actualmente de la batalla entre los enfoques contrapuestos, garantizador uno y limitado otro, del derecho de huelga”.

6. Esta batalla es el tema subyacente en toda la lección. Según González Ortega, el dilema es si la huelga es la manifestación del ejercicio de un derecho de fuerte contenido social que debe ser protegido, también por el mandato del art. 9 CE o si, por el contrario, “es un incómodo y disfuncional instrumento de redistribución de la riqueza que ha de ser controlado, domesticado y limitado en homenaje a los intereses económicos de la empresa”, condicionado a la defensa de la productividad y de la libertad de empresa y degradado a un simple instrumento auxiliar de la negociación colectiva. Esta lección una defensa jurídicamente fundada de que la primera versión de un derecho de fuerte contenido social que se corresponde con el art. 28.2 CE y que es la propia de un Estado social de Derecho y de una economía de mercado que se califica de social. Sus reflexiones son una llamada de atención sobre tendencias reductoras del derecho de huelga observable recientes sentencias constitucionales y ordinarias, y apoyadas por un sector doctrinal sensible a intereses empresariales.

A través de esta lección académica, Santiago nos demuestra el firme mantenimiento de sus convicciones y opiniones jurídicas de hace casi medio siglo, lo que nos demuestra que su espíritu y su sensibilidad jurídica no han envejecido. Este viejo profesor espera y desea que su magisterio os acompañe muchos años.

## EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA CONSTITUCIÓN

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

Para el profesor Santiago González Ortega,  
querido y admirado amigo, cuya reflexión  
crítica permanente ha abierto grandes claros  
de inteligencia en la comprensión de nuestra  
disciplina.

Es como la amistad; y si tiene orígenes  
intelectuales, mejor aún.

Héctor Abad Faciolince,  
Lo que fue presente, 2020

### SUMARIO:

1. DIÁLOGO SOCIAL Y CONCERTACIÓN SOCIAL
2. GOBIERNO DE COALICIÓN Y POTENCIACIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL
3. DIÁLOGO SOCIAL Y CONSTITUCIÓN



## 1. DIÁLOGO SOCIAL Y CONCERTACIÓN SOCIAL

Las expresiones “diálogo social” y “concertación social” designan dentro de nuestro sistema de relaciones laborales, de forma indistinta, un mismo proceso social: el intercambio político entre poderes públicos y autonomía colectiva (poder regulador compartido por la representación de intereses de trabajadores y empresarios) para la atención a las exigencias de gobierno y formación del consenso en las sociedades democráticas desarrolladas, a partir de una fórmula sutil de corrección y enriquecimiento del esquema constitucional clásico procedente de la tradición liberal.

Así pues, “diálogo” y “concertación” son, en realidad, los dos aspectos o secuencias sucesivas de una misma realidad institucional, debiendo preferirse una u otra según se ponga la atención en el mismo proceso de encuentro y negociación llevado a cabo por los interlocutores con el propósito de alcanzar un acuerdo político —diálogo social— o, en cambio, en el propio resultado acordado de aquel —concertación social—. Aunque sea cada vez más frecuente, es verdad, designar con uno u otro término al conjunto de todo ello. Y sea verdad también que haya prevalecido en nuestro sistema institucional, ya desde la Transición democrática, en que la figura se incorporaba por la puerta grande a la práctica política, la denominación de “concertación social”, sin que deje de ser menos cierto —sin duda por influencia del Derecho social de la Unión Europea—, que la expresión “diálogo social” se haya abierto paso, o inclusive sobrepasado a aquella, en la denominación del fenómeno.

Sea como fuere, a través de este procedimiento de diálogo y acuerdo entre Gobierno y organizaciones sindicales y empresariales representativas acerca de grandes cuestiones de política social y económica —desarrollo del Estado social, política de rentas y fiscal, reforma laboral—, el sistema institucional pretende en consecuencia la legitimación conveniente de las decisiones políticas —aunque no necesaria de modo estricto desde el punto de vista constitucional—, no ya solo a través de la vía parlamentaria obligada —resulta así indispensable la traducción legislativa del acuerdo político—, sino directamente sobre el mercado político y social. El diálogo y la concertación social, cuya versión propia requiere naturalmente la presencia —directa o indirecta— del poder político en el acuerdo, es desde luego una categoría distinta de la negociación colectiva, esto es, de la determinación negociada bilateral de condiciones de trabajo por sectores de la producción. Y también de la representación o participación institucional, con la que se designa la presencia de representantes de organizaciones sindicales y empresariales representativas en instancias públicas que la tengan prevista.

En este sentido, es la legislación sobre la materia de las Comunidades Autónomas la que ha distinguido perfectamente, por lo demás, entre “diálogo social” —para referirse a la negociación y concertación en materias económicas y sociales de interés general entre los gobiernos regionales y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad— y la “participación institucional” o defensa de los intereses que son propios a estas organizaciones a través de la presencia de representantes en el seno de la Administración de la Comunidad en aquellos organismos públicos que la tengan prevista.

## 2. GOBIERNO DE COALICIÓN Y POTENCIACIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL

El diálogo y la concertación social —acuerdos sociales, legislación negociada y manifestaciones aparejadas— se han erigido verdaderamente a lo largo de nuestra historia

democrática en elemento definitorio del sistema de relaciones de trabajo, aunque no sin sobresaltos y picos de conflictividad, habiendo estado presente como método de acción política durante estos años, con arreglo a versiones técnicas diversas, en buena parte de las grandes transformaciones institucionales llevadas a cabo en el ámbito de la economía y de las relaciones laborales y acomodando su desarrollo a diferentes ciclos políticos.

Así las cosas, el Gobierno de coalición Partido Socialista/Unidas Podemos surgido de las elecciones generales de noviembre de 2019 se proponía, semanas después, dar cumplimiento a su compromiso electoral de derogación de la reforma laboral del Partido Popular de 2012 y años siguientes, así como de los vestigios de otras intervenciones anteriores de matriz política semejante vigentes todavía en el ordenamiento laboral, para lo que convocaba la correspondiente Mesa de Diálogo Social sobre la materia. Dicho objetivo político pronto había de quedar marcado, además, en plena crisis económica producida por la pandemia sanitaria de la covid-19 la Organización Mundial de la Salud la declaraba el 11 de marzo de 2020, por la exigencia de la Unión Europea de condicionar la entrega del paquete de ayudas, subvenciones directas y préstamos, de 140.000 millones de euros previstas para España, durante los siguientes cinco años, a la consecución de una reforma sustancial del marco jurídico de las relaciones de trabajo además de otras de carácter estructural, con arreglo al *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* aprobado por el Consejo Europeo el 21 de julio de 2020, componente 23, relativo a “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo” que fuese concertada con los interlocutores sociales y cerrada antes del 31 de diciembre de 2021.

Con todo, desde el comienzo de la legislatura y como respuesta a la terrible crisis sanitaria y económica que habría de acompañarla, el Gobierno llegaba a declarar a lo largo de 2020 y por dos veces y alguna prórroga, el estado de alarma, que merecería con el tiempo un reproche del Tribunal Constitucional, que entendía más apropiada a tal fin la cobertura del estado de excepción, el diálogo social tripartito cobraba una dimensión sobresaliente a raíz del *Documento de propuestas conjuntas para abordar, mediante medidas extraordinarias, la problemática laboral generada por la incidencia del nuevo tipo de coronavirus*, CCOO/UGT y CEOE/CEPYME, 12 de marzo de 2020, también de legitimación social para tiempos tan necesitados de ello.

Se alcanzaban así, de modo sucesivo, hasta seis acuerdos sociales en Defensa del Empleo (ASDE, 8 de mayo, 25 de junio, 29 de septiembre de 2020 y 19 de enero, 26 de mayo y 27 de septiembre de 2021), cuyas medidas urgentes para la protección de aquel, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo serían vertidas por el Gobierno en otros tantos reales decretos-leyes. Fueron también fruto de la concertación tripartita los acuerdos por la reactivación económica y el empleo (3 de julio de 2020), el trabajo a distancia (22 de septiembre de 2020), los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto a través de plataformas digitales (10 de marzo de 2021) y la modernización y refuerzo del sistema público de pensiones (1 de julio de 2021), asimismo trasladados por el Gobierno a los correspondientes reales decretos-leyes y convertidos finalmente en leyes en la mayor parte de los casos, como consecuencia de su tramitación parlamentaria como proyectos legislativos, una vez convalidados aquellos por el Congreso de los Diputados.

En otros casos, el diálogo social habría de tener tan solo una dimensión bilateral, con pactos adoptados entre el Gobierno y las confederaciones sindicales CCOO y UGT, habiéndose mantenido las empresariales por lo tanto al margen de su firma. Es el caso de los acuerdos para el incremento del salario mínimo interprofesional (16 de septiembre de 2021 y 9 de febrero de 2022, con este último su importe llegaba a alcanzar los 1.000 euros/mes) y sobre la creación del mecanismo de equidad intergeneracional en el sistema público de pensiones (15 de noviembre de 2021).

El Gobierno había adoptado, desde el principio de su mandato y más allá de los procesos de diálogo social que vendrían más tarde en el marco de la lucha contra la crisis sanitaria y económica y se acaban de referir, que abrían la puerta a una numerosa y continuada legislación extraordinaria sobre aquellas materias, algunas medidas importantes de carácter social y laboral, para las que habría de promulgar los oportunos reales decretos-leyes. Fue el caso, así pues, de la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de seguridad social (10 de enero de 2020), las retribuciones en el ámbito del sector público (21 de enero de 2020), el incremento del salario mínimo interprofesional para 2020 (4 de febrero de 2020) y la derogación de la causa de despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes (artículo 52 d LET) -18 de febrero de 2020-. Este último decreto-ley se transformaba, como se sabe, tras su oportuna tramitación parlamentaria, en la Ley 1/2020, de 15 de julio.

Y se llegaba finalmente, en medio de una expectativa máxima y cobertura mediática de excepción, el día 23 de diciembre de 2021, a las puertas de la Navidad, al esperado acuerdo en que Gobierno y agentes sociales (CEOE/CEPYME y CCOO/UGT) pactaban a tres bandas la “gran reforma estructural del mercado de trabajo”. El Gobierno incorporaba su contenido sin dilación a la letra del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (*BOE*, 30-12), que entraba en vigor al día siguiente de su publicación (a salvo de algunos preceptos, provistos excepcionalmente de una *vacatio* de tres meses), al tiempo que era sometido en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación al trámite constitucional de su “convalidación o derogación” por el Congreso de los Diputados. Se obtenía finalmente la convalidación por un solo voto de diferencia, emitido por error en el seno del Grupo Popular, al propio tiempo que dos diputados de UPN, que habían anunciado su decisión afirmativa, cambiaban a última hora esta posición por la contraria, apartándose así de la instrucción adoptada por la dirección de su partido, en el seno de una esperpéntica sesión parlamentaria merecedora de ser olvidada.

No ha dudado el preámbulo de aquel cuerpo normativo, que se ha ido nada menos que a las cincuenta y cuatro páginas de extensión en su publicación oficial, de las que dieciséis se han destinado a una larga, acaso en demasía, razonada y útil exposición de los motivos que lo han justificado, en calificar la reforma laboral acordada como acontecimiento de excepcional relevancia dentro de la serie histórica de las transformaciones normativas experimentadas por ordenamiento laboral. Por tratarse, a juicio de dicho preámbulo, de «la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con el respaldo del diálogo social [y] camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos», no otra que, frente a las modificaciones “flexibilizadoras” al uso, la «recuperación de los derechos laborales y su garantía». Con vistas, por cierto, a la consecución de la «gran transformación del mercado laboral español, respondiendo a la vez a las exigencias comprometidas con la Unión Europea», a «completar de una vez por todas la transición de nuestras relaciones laborales hacia un modelo más justo y garantista» como «gran objetivo de esta reforma». Un «cambio de paradigma», en suma, se dice, que «ayude a desterrar el desasosiego que la precariedad ha provocado en varias generaciones de trabajadoras y trabajadores de nuestro país».

Solemne punto de vista, desde luego, que tal vez debería ser rebajado con prudencia, si se atendiese con cuidado al balance último que arroja esta reforma, medido entre expectativas abiertas, resultados obtenidos (todos ellos merecedores de parabienes, por descontado, en aras de la recuperación parcial del patrimonio de derechos laborales perdido) y lo mucho que se ha ido por la gatera o, según se mire, que no se ha ido y ha permanecido intacto. Los resultados obtenidos no son otros, después de todo, como cabía esperar desde el principio,

que los que ha tolerado la concertación social tripartita y, en último término, la anuencia final de los empresarios. Verdadero objetivo político de la operación, este último, por exigencias europeas o propia convicción, que explica todo acerca del contenido resultante de la contrarreforma. No puede sorprender por ello que se haya respetado el alto grado de control en manos del empresario en la flexibilidad interna de la empresa, más allá de los retoques incorporados, o las indemnizaciones por despido improcedente rebajadas por la reforma popular, por citar dos supuestos. De no haber sido así, ¿cómo podría la gran patronal haber justificado ante sus bases su acuerdo final? Y ¿una reforma de máximos sin el acuerdo de los empresarios? Imposible desde el punto de vista político y electoral. Así estuvieron las cosas.

La contrarreforma ha alcanzado finalmente cuatro operaciones importantes de política legislativa, a partir de la técnica habitual de modificación de los oportunos preceptos de varias disposiciones legales concernidas (Ley del Estatuto de los Trabajadores, Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, Ley General de la Seguridad Social, Ley por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral y, en fin, Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social), amén de otras innovaciones incorporadas en las adicionales y finales del real decreto-ley.

Por lo pronto, la simplificación del catálogo de los contratos de trabajo, con el propósito de reducir la temporalidad endémica y excesiva que aqueja a nuestro sistema de relaciones laborales, con la consiguiente generalización del contrato indefinido y la devolución al temporal de una causalidad estricta, además de una nueva regulación de los contratos formativos. En segundo lugar, la modernización de la negociación colectiva y de su estructura, con la recuperación de la ultratractividad plena de los convenios y el predominio del convenio sectorial frente al de empresa en materia de salarios, el reforzamiento de la representatividad de las partes negociadoras, así como el enriquecimiento de los contenidos convencionales. En tercero, una nueva regulación de la externalización de servicios y subcontratación por parte de las empresas, con vistas a la consecución de un nivel adecuado de protección de los trabajadores de las subcontratas en relación con los trabajos que desarrollan. Y, por último, el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna de las empresas (con base en la experiencia positiva de los expedientes de regulación temporal de empleo que se articularon durante la crisis sanitaria de la covid-19 con tan buenos resultados) para el ajuste temporal de su actividad, alternativo al uso de la temporalidad contractual y de los despidos colectivos.

A la postre, la “derogación de la reforma laboral del Partido Popular” se ha saldado pues con la abolición de, tan solo, algunos extremos lesivos procedentes de aquella, que bienvenida sea, claro es, pero que no agota la “relación de agravios” tantas veces denunciada. La derogación “solo ha podido” ser esto, habría que concluir, a pesar de cuanto se prometió y de los muchos esfuerzos desplegados para llevarla a buen término. Una derogación “parcial”, lejos de la revisión general del modelo por supuesto, desde luego satisfactoria a mi juicio en cada extremo abordado, pero incompleta, aunque es verdad que sus efectos positivos han sido ya visibles en la práctica a pocas semanas de su entrada en vigor.

La “economía de guerra” sobrevenida en Europa como consecuencia de la inaudita invasión de Ucrania por parte de Rusia, desde el fatídico día 24 de febrero de 2022, abre las puertas de modo súbito y dramático, por si las muchas incertidumbres que nos aquejan como sociedad no fueran aún suficientes, a un nuevo escenario para la globalización económica mundial, con efectos todavía no escritos. La nueva crisis económica en que nos hallamos (suministro de gas y petróleo, aumento del gasto militar, inflación), superpuesta todavía a las crisis económicas y sanitarias anteriores, ofrece de inmediato más posibilidades para el diálogo social en los distintos países afectados, con probables pactos de rentas y ajustes múltiples a la vista. El Gobierno, por lo pronto, ha adoptado ya un Plan Nacional de

respuesta frente a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, a través del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo.

### 3. DIÁLOGO SOCIAL Y CONSTITUCIÓN

La Constitución española, promulgada como se sabe el 29 de diciembre de 1978, carece de una mención institucional específica al diálogo social, lo que con razón pudiera hoy parecer inconveniente, sobre todo si se repara en la extraordinaria dimensión que los procesos de concertación social han llegado a tener dentro de la práctica social en el ámbito del Estado y también de sus Comunidades Autónomas. Por lo que, parece evidente, que cualquier agenda sensible para un programa de reforma constitucional debería poner término, más allá de los principales asuntos que pueblan hoy el debate político y jurídico sobre ello, a este vacío.

Con todo, esta ausencia de una referencia singular y nominativa a estos procesos dentro de la Constitución vigente no significa, sin embargo, que no exista una base constitucional cierta que les sirva de cobertura y fundamento, a pesar de estar formulada de modo genérico, pero no por ello menos elocuente y efectivo.

La función constitucional que se atribuye a los “sindicatos de trabajadores” y a las “asociaciones empresariales”, la de contribuir en términos literales a «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios», de acuerdo con el artículo 7 de la norma básica, no es otra en consecuencia que la *autotutela colectiva* de los intereses respectivos que ambos sujetos ostentan de modo legítimo. De este modo, el Tribunal Constitucional no ha dejado de poner de manifiesto (es verdad que con referencia singular a los sindicatos) que se trata de «formaciones sociales con relevancia constitucional», de «organismos básicos del sistema político» o de «componentes básicos o instituciones esenciales del sistema constitucional español». Y, asimismo acerca de los sindicatos de trabajadores, que su función no es tan solo «la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación de Derecho privado», pues no son «únicamente asociaciones privadas representantes de sus afiliados».

Estos sujetos colectivos, en tanto que «piezas económicas y sociales indispensables» para la defensa de tales intereses respectivos (reitera la mencionada doctrina constitucional), podrán naturalmente, en ejercicio de la función constitucional de referencia, llevar a cabo cuantas acciones y medidas legítimas sirvan para tal propósito. Como son, por descontado, de modo básico, la propia organización del grupo y correspondiente fijación de su línea de actuación, la negociación colectiva de condiciones de trabajo y la adopción de medidas de conflicto colectivo. Y, desde luego, el diálogo y la concertación sociales entre aquellos y los poderes públicos. Pues (aquí radica un elemento constitucional de extraordinaria relevancia) corresponde precisamente a los poderes públicos «facilitar la participación de todos los ciudadanos», de modo directo o a través de organizaciones o asociaciones, en la vida política, económica, cultural y social del Estado.

Es este último, por cierto, el fundamento principal que utilizaba el legislador para la creación del Consejo Económico y Social de España por su Ley constitutiva 21/1991, de 17 de junio —Reglamento de organización y funcionamiento interno aprobado por el Pleno del Consejo el 25 de febrero de 1993—, tal como reconocía el propio preámbulo de esta disposición legislativa (al igual que lo hacían en términos semejantes, a imagen del estatal, las leyes autonómicas creadoras de consejos territoriales, sin perjuicio del establecimiento también en algunas Comunidades de instituciones habilitadas de modo específico para el diálogo social): el órgano que se crea «refuerza la participación de los agentes económicos

y sociales en la vida económica y social, reafirmando su papel en el desarrollo del Estado social y democrático de derecho». Por otra parte, al tiempo que cumplía con esta función constitucional, el Consejo se ofrecía como una «plataforma institucional permanente de diálogo y deliberación», en definitiva, «un medio de comunicación, asimismo permanente, entre los agentes económicos y sociales y el Gobierno». Lo que ya en otro lugar entendí como un supuesto de “institucionalización permanente del diálogo social”.

Desde el punto de vista técnico, el Consejo Económico y Social es un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral, que responde así, de acuerdo con su doble carácter referido de instrumento de participación y de plataforma institucional para el diálogo social, a la «legítima aspiración de los agentes económicos y sociales de que sus opiniones y planteamientos se oigan a la hora de adoptar el Gobierno decisiones que puedan afectar a los intereses que les son propios». Se configura legalmente como un ente de Derecho provisto de personalidad jurídica propia y plena capacidad, además de autonomía orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines, estando adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social y disponiendo de su sede en Madrid.

A fin de cuentas, el diálogo social se ofrece (ya se ha visto con detalle en estas páginas) como mecanismo principal, junto al elenco institucional de los demás disponibles, para el ejercicio de la función que la Constitución atribuye a los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales de contribuir, ya se sabe, a «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios».



## **LA REFORMA LABORAL Y SU APLICACIÓN EN LAS UNIVERSIDADES**

JUAN GARCÍA BLASCO

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

### SUMARIO:

1. LA CONTRATACIÓN DE CARÁCTER LABORAL COMO MATERIA SINGULARMENTE MODIFICADA: LAS FIGURAS LEGALMENTE AFECTADAS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS
2. LA NO AFECTACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN DE CONTRATACIÓN LABORAL A LAS FIGURAS DOCENTES DE LA LOU Y A LAS ESPECÍFICAS DE LA LEY DE LA CIENCIA LA TECNOLOGÍA Y LA INNOVACIÓN
3. LA GENERALIZACIÓN NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL INDEFINIDA Y LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LAS AYUDAS RAMÓN Y CAJAL Y DE OTROS PROGRAMAS Y SUBPROGRAMAS PARA LA INCORPORACIÓN DE PERSONAL INVESTIGADOR
4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS
5. LA RESPUESTA (INSUFICIENTE) DE LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA: EL CONTRATO DE ACTIVIDADES CIENTÍFICO-TÉCNICAS



La aplicación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante DLRL) a la Universidad española en general presenta singularidades respecto de la gestión de los empleados públicos laborales. La norma se proyecta, con sus correspondientes efectos, sobre cuatro áreas o ámbitos bien definidos: la contratación en régimen laboral del personal al servicio de la Universidad, la externalización de actividades empresariales, la flexibilidad laboral interna y la negociación colectiva. Además, la norma legal incluye otras modificaciones que acompañan a las medidas laborales adoptadas y garantizan su aplicabilidad en materia de Seguridad Social, de fiscalización del cumplimiento y sancionadora, así como otras adaptaciones legislativas consecuencia de las modificaciones operadas por el citado Decreto-Ley.

Me ocupo ahora en esta colaboración de las cuestiones más relevantes y trascendentales, que son además las problemáticas, de entre las citadas, reparando en los efectos jurídicos que esa nueva regulación laboral despliega sobre las Universidades como instituciones públicas para extraer las correspondientes conclusiones, así como, en su caso, alguna propuesta de actuación.

## **1. LA CONTRATACIÓN DE CARÁCTER LABORAL COMO MATERIA SINGULARMENTE MODIFICADA: LAS FIGURAS LEGALMENTE AFECTADAS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS**

### **1.1. La nueva regulación sobre la contratación temporal: la supresión legal del contrato de obra o servicio determinado y sus efectos jurídicos**

La mayor incidencia, sin duda, de la reforma laboral operada por el DLRL para la Universidad se proyecta en el ámbito de la contratación laboral, especialmente en el de la investigación, la innovación y la transferencia de conocimiento. La causa se encuentra en la desaparición, con carácter general de la legislación laboral, del contrato de obra o servicio determinado operada por la nueva redacción del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET) que lo contemplaba desde tiempo, siendo una figura de frecuente utilización en el ámbito científico. También, se proyecta sobre la contratación laboral del personal de administración y servicios en la Universidad.

En efecto, y con carácter expreso, además, el apartado 3 de la Disposición derogatoria única del DLRL contiene, a su vez, una derogación expresa de las disposiciones referidas a los contratos temporales que regulaba el anterior art.15.1.a de LA LET contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico y “en particular en la LOU y en la Ley de la Ciencia (Leyes 6/2001 y 14/2011)”. Es decir, quedarían derogados estos contratos “para el desarrollo de proyectos concretos de investigación científica o técnica” (art. 48.1 LOU), así como “para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica” (art. 20.2 y núm. 1 de la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley 14/2011, en adelante LCTI. Y esos contratos eran de obra o servicio con carácter preferente. Ello plantea, pues, de entrada, la cuestión de qué figura contractual laboral podría sustituir a partir del 30 de marzo de 2022 a la ahora derogada. Este es uno de los efectos más relevantes de la reforma laboral, que se revela, por tanto, como una cuestión problemática, cuya resolución no se halla exenta de cierta complejidad en una primera aproximación.

En relación con la contratación por obra o servicio con fundamento en la LOU hay que tener en cuenta la habilitación de esta Ley para celebrar contratos para la realización

de trabajos de carácter científico, técnico o artístico y para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación (art. 83.1). Con este fundamento se suscriben un número significativo de contratos, convenios y proyectos de I+D+I con las universidades a través de sus unidades y servicios de investigación y transferencia que, en muchas ocasiones, para atender tareas propias del proyecto de investigación, requieren incorporar personal con cargo al proyecto, ya se trate de personal investigador o de personal técnico. Estas contrataciones han venido canalizándose a través del contrato de obra o servicio con una especialidad respecto de su duración máxima, ya que el límite máximo de tres años previsto con carácter general no se aplicaba a los contratos de obra o servicio suscritos por las universidades y “vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años”, tal como establecía el número 2 de la derogada Disposición adicional decimoquinta de la LET por la reforma de 2021, si bien su entrada en vigor se difiere al 31 de marzo de 2022. Y es que el carácter temporal de los proyectos de investigación cuya duración oscila en función de la tarea a desarrollar es una singularidad de esta contratación que dificulta establecer una duración máxima con carácter general, de ahí el régimen especial en cuanto a su duración.

Ello plantea, pues, de entrada, la cuestión de qué figura contractual laboral podría sustituir a partir del 30 de marzo de 2022 a la ahora derogada. Este es uno de los efectos más relevantes de la reforma laboral, que se presenta, por tanto, como una cuestión problemática, cuya resolución no se halla exenta de cierta complejidad en una primera aproximación.

Conviene, no obstante, señalar, que, pesar de esta derogación expresa, la entrada en vigor de la “desaparición” de este contrato temporal queda diferida a los tres meses de su publicación en el BOE (Disposición final octava del DLRL). Ahora bien, desde la publicación de la reforma (30-12-2021) hasta su entrada en vigor (30-3-2022) se establece un régimen transitorio para los contratos de obra o servicio.

De esta manera, de un lado, los celebrados antes del 31-12-2021 y, específicamente, para aquellos que estén vinculados a un proyecto específico de investigación de duración superior a tres años y que estén vigentes el 31 de diciembre de 2021 “mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo a su normativa de aplicación, con el límite máximo de tres años contados a partir de la citada fecha” (núm. 1 de Disposición transitoria tercera del DLRL). Es decir, como la LET permitía que los contratos de obra o servicio vinculados a un proyecto específico de investigación pudieran tener una duración superior a tres años en función del proyecto (Disposición adicional quinta que también ha sido derogada), la reforma topa o limita la duración máxima, extinguiéndose el 31-12-2024 todos los contratos que pudieran tener una duración superior a esa fecha. Se trata, por tanto, de una previsión muy relevante, que conviene tener en cuenta para las correspondientes previsiones temporales que, en esta materia, pudiera adoptar la Universidad derivadas de la desaparición del citado contrato de obra.

Por otra parte, para los contratos por obra o servicio determinado, celebrados durante este periodo transitorio (del 31 de diciembre de 2021 al 30 de marzo de 2022), su duración no podrá ser superior a seis meses (Disposición transitoria cuarta del DLRL). Se planteará un problema si el trabajador continúa prestando servicios porque la causa que fundamentó la contratación sigue, de lo que cabe deducir que la relación laboral pasa ser indefinida. Pero, ¿hasta cuando?, ¿hasta que desaparezca esa causa y el contrato se extinga?

De igual forma, hay que insistir en que la supresión legal del contrato de obra, así como también ahora del contrato eventual, regulados ambos en el anterior art. 15 de la LE, ya no podrán celebrarse para la contratación del personal de administración y servicios, lo que tiene, también aquí, una evidente trascendencia al ser figuras de general utilización para

este sector de la comunidad universitaria. Las figuras alternativas serán, en su caso, y con la complejidad o dificultad que puedan plantear para la contratación universitaria, los nuevos contratos de duración determinada por circunstancias de la producción, que están diseñados, sobre todo, para el empleo privado y que no son de fácil encaje en la Universidad, así como el denominado de sustitución de persona trabajadora, al que me refiero después, que viene a ser un “sustitutivo” singular del anterior contrato de interinidad que desaparece y que será de plena utilización, sin duda, para contratar al citado personal.

## **1.2. La contratación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea**

Conviene advertir que, en esta reducción y simplificación de la contratación laboral temporal, se abre, no obstante, una puerta a la contratación de duración determinada a partir de la habilitación de la Disposición adicional quinta del DLRL en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea.

De esta manera, la contratación se condiciona a que los “contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y sólo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos”. Un ejemplo pueden ser las ayudas públicas a proyectos estratégicos orientados a la transición ecológica y digital del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación para el periodo 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y por la que se aprueba la convocatoria de tramitación anticipada correspondiente al año 2021 de estas ayudas (Orden CIN/1360/2021, de 3 de diciembre) que, entre los costes susceptibles de ayuda, incluye los costes de personal posibilitando la contratación de personal “bajo cualquier modalidad de contratación acorde con la legislación vigente” (art. 8.2.a).

Ahora bien, ¿a través de qué modalidad contractual? En este punto, la Disposición adicional quinta, además de someter a los principios constitucionales de acceso al empleo público, remite a que los contratos se realizarán “en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”, pero en dicha norma solo se establecen medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público y no se articula la contratación que pudiera dar respuesta a esta cuestión.

La norma habilita a la contratación de duración determinada, pero la nueva regulación del artículo 15 limita esta contratación, como se ha dicho, a dos supuestos: por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Si acudimos a la Disposición adicional cuarta “Régimen aplicable al personal laboral del sector público” del DLRL, se distinguen, por un lado, los contratos por tiempo indefinido e indefinido fijo-discontinuo que “podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación”. Por otro, los contratos de sustitución “para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva”. Quiere decirse, por tanto, que los contratos indefinidos en el sector público y, por tanto, en la Universidad, están reservados a supuestos causales debidamente acreditados, pero de insegura identificación legal por su laxitud, pues ¿qué se entiende por fines encomendados a las administraciones públicas? Y es que todas las Administraciones tienen fines y no digamos la Universidad.

En definitiva, estamos ante una modalidad de contratación singular distinta de las laborales del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores al ser la causa de la duración determinada la vinculación al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y a la

propia duración del proyecto de ejecución previsto en el correspondiente plan (por ejemplo, de 2 años, art. 39.4 Orden CIN/1360/2021). Habrá que estar al desarrollo reglamentario del Real Decreto-ley que clarifique este tipo de contratación de duración determinada.

### **1.3. Los contratos de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo**

Este contrato viene a suceder al denominado contrato de interinidad previsto para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. La nueva regulación legal incorpora la utilización de este contrato “para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora” amparada en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo, así como “para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses”. (art. 15.2 de la LET)

Como se ha comentado, la Disposición adicional cuarta del DLRL que regula el régimen aplicable al personal laboral del sector público introduce para el contrato de sustitución una especialidad: “para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva”. A diferencia del contrato en el empleo privado que limita la duración a tres meses, en el empleo público no se establece una duración concreta, solo señala que la cobertura del puesto está sujeta “a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”. La remisión a esta ley aclara poco. La única previsión en relación con los procesos de selección son las medidas de agilización previstas en su Disposición adicional cuarta, “tales como la reducción de plazos, la digitalización de los procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio, entre otras” para asegurar el cumplimiento del plazo establecido para la ejecución de los procesos selectivos. En consecuencia, a falta de un desarrollo reglamentario, habrá que seguir estando al plazo de los tres años para ejecutar la oferta de empleo público previsto en el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público.

En todo caso, se trata de una modalidad de contrato temporal que tiene aplicación para la contratación laboral en la Universidad, si bien “para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifique con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”( art. 15.1 de la LET), debiendo identificarse en el contrato el nombre de la persona sustituida. Es una figura contractual que puede dar respuesta a situaciones que antes se cubrían con contratos eventuales, muchas veces de dudosa adecuación legal. Pero no parece que esta modalidad sirva para cubrir la actividad que no se presta, por ejemplo, durante las vacaciones, al no ser un supuesto legal de reserva del puesto de trabajo, sino del ejercicio de un derecho constitucional. Procederá, en tal caso, el contrato por circunstancias de la producción.

Es previsible que esta modalidad contractual temporal, como alguna otra, sea objeto de un necesario desarrollo reglamentario, como existía para el de interinidad.

### **1.4. El contrato indefinido fijo-discontinuo. Su adecuación como fórmula viable de contratación laboral en la Universidad**

Como se ha dicho, la Disposición adicional cuarta del DLRL habilita en el empleo público laboral la contratación de esta figura contractual, al igual que el contrato indefinido,

“cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación”. La novedad reside en la regulación del contrato indefinido fijo-discontinuo - no confundir con el contrato fijo del artículo 11.1 EBEP- que puede concertarse “para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”, también “para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”.

La cuestión que se plantea es si tiene sentido este contrato para el personal de administración y servicios. Me plantea algunas dudas, pero se puede estudiar ¿Y en el personal investigador? Podría ser una alternativa viable a la falta de un contrato temporal que ofrezca respuestas a las exigencias y características de los proyectos de investigación. El problema que se puede plantear es qué habrá de suceder a la finalización del proyecto y transcurra el plazo de inactividad previsto. En tal caso, se establece que “una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma” (art.16,4 de la LET), que aunque previsto para la contratación fija-discontinua en contrata, subcontrata o concesiones administrativas sería, por asimilación, de aplicación a este supuesto. Y si hay que adoptar una medida definitiva como sería la extinción del contrato, al derogarse la Disposición adicional decimosexta de la LET -que regulaba la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, que ya no puede realizarse- se plantea la cuestión de si la Universidad puede acudir al despido colectivo o la amortización del puesto de trabajo. Sobre esta cuestión reparo en el apartado de las conclusiones y propuestas.

En todo caso, y además de esta posibilidad que brinda la citada Disposición adicional, la nueva regulación de esta variante de contrato indefinido que añadir a la ordinaria presenta una regulación, en el art 16 de la LET, muy flexible que lo hacen adecuado para su aplicación en la Universidad, especialmente para la contratación en actividades de investigación, innovación y transferencia, explorando una fórmula que hasta ahora no ha existido.

En efecto, se puede celebrar ahora no sólo para trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, que es característica del sector privado, sino también “para el desarrollo de trabajos que no tengan esta naturaleza pero que siendo de prestación intermitente tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”. Esta amplia extensión del contrato se presenta, pues, a mi juicio, como una fórmula adecuada para la contratación indefinida en tales actividades que pueden desarrollarse en escenarios temporales intermitentes, con realización de la prestación laboral, en bastantes casos cierta, al margen de que se puedan identificar con precisión.

El contrato debe reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre los que debe figurar la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, que pueden ser además estimativos. De lo que se trataría, pues, es de perfilar estas previsiones y el tiempo de inactividad que dependería de las características de la actividad científica para cuya realización se concierte esta figura de contratación indefinida. Se ofrece, por consiguiente, una opción contractual laboral más a la Universidad de evidente interés en el nuevo escenario de generalización de la contratación indefinida que introduce el DLRL a la que me refiero después y sobre la que reparo en las conclusiones y propuestas de actuación.

### **1.5. El contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción**

Esta modalidad contractual temporal del art. 15.2 de la LET está prevista para un “incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”, siempre que no responda a un contrato indefinido fijo discontinuo y “para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida”.

No obstante, parece que esta modalidad estaría probablemente excluida de su utilización para las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional, según la interpretación que cabe ofrecer de la meritada Disposición adicional cuarta, aunque pudiera ser discutible, si concurre causa legal para su concertación y se justifica adecuadamente, aunque convendría no arriesgarse. Es el contrato que viene a sustituir al anterior eventual por circunstancias del mercado, que era una modalidad de frecuente utilización también en el empleo público y, por ende, en la Universidad, pero con un molde conceptual y régimen jurídico ahora bastante distinto.

Conviene señalar también, aunque ahora tiene poca trascendencia para la Universidad por las escasas opciones de contratación temporal a su disposición que ordena la reforma laboral, que se reduce la duración temporal de la sucesión de contratos temporales del art. 15.5 de la LET para la adquisición de la condición de trabajador fijo, efecto que se reserva además sólo para los contratos por circunstancias de la producción.

### **1.6. Los contratos temporales de formación en alternancia y el formativo para la obtención de la práctica profesional**

El contrato temporal de formación en alternancia (Art. 11.2 del DLRT), heredero del contrato para la formación y el aprendizaje tiene “por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo”. La aplicación en la Universidad en este tipo de contrato está presente en el programa de formación que ha de elaborarse “en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación” que suscriba con las empresas y entidades colaboradoras y elaborarán los planes formativos individuales especificando el contenido de la formación, el calendario y las actividades y los requisitos de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos. Debe designarse por parte de la Universidad el tutor académico y garantizar la coordinación con el tutor de empresa.

Conviene dejar constancia de la Disposición adicional segunda del DLRL del compromiso del Gobierno para abordar el Estatuto del Becario que toma en consideración “la actividad formativa desarrollada en el marco de las practicas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales”.

Se regula, también, el nuevo contrato temporal formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios heredero ahora del anterior contrato en prácticas, que puede ser utilizado también por la Universidad si existe la causa que lo justifica.

## **2. LA NO AFECTACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN DE CONTRATACIÓN LABORAL A LAS FIGURAS DOCENTES DE LA LOU Y A LAS ESPECÍFICAS DE LA LEY DE LA CIENCIA LA TECNOLOGÍA Y LA INNOVACIÓN**

Dentro de este elenco de cuestiones analizadas sobre los efectos de la reforma laboral en la contratación laboral en la Universidad, falta por examinar si esta nueva regulación se proyecta y aplica a las figuras docentes e investigadoras existentes en la institución.

La respuesta es clara: ese nuevo marco normativo de contratación temporal descrito anteriormente no es de aplicación a esas modalidades reguladas particularmente en la LOU y la LCTI, que siguen vigentes en las mismas condiciones y regulación legal existente hasta ahora.

En efecto, las figuras contractuales laborales de profesorado contempladas y reguladas en la LOU permanecen inalterables, pues son contratos laborales con régimen jurídico especial propio al margen de las figuras contractuales laborales de la LET examinadas. Se impone, pues, la regulación legal especial. Y prueba de ello es que el DLRL no menciona para nada estas modalidades de contratación laboral de la LOU como era de esperar. Queda, pues, resuelta esta cuestión, que no plantea problemas aplicativos e interpretativos derivados de la reforma laboral. Cuestión distinta es la situación que pueda plantear la existencia de profesores en situación de interinidad, cuya situación, de plantearse, se debe tratar y resolver de conformidad con lo previsto y regulado en la nueva Ley 20/21, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público a la que me remito.

Lo mismo cabe señalar respecto de las figuras específicas investigadoras de la LCIT L, que tampoco quedan afectas por las mismas razones que para las docentes. La única excepción, se recuerda, es la referida a los contratos de obra contemplados en la citada Ley (art.20.2) en relación con la disposición adicional vigesimotercera de la que ya han sido tratados. Por su parte, la Ley 20/21 antes citada incorpora las correspondientes reglas para los procesos de estabilización de empleo temporal del personal investigador.

En relación con el Personal investigador predoctoral en formación (PIF), habida cuenta que dispone también de una regulación especial contenida en el Decreto 103/19, no es de aplicación la reforma laboral. Y en cuanto a la indemnización por fin de contrato no procede legalmente, pues su regulación especial no la contempla y la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, en el nuevo art. 49, excluye expresamente a los contratos formativos, naturaleza predicable de estos contratos del PIF según ha declarado recientemente, como se sabe, el Tribunal Supremo. No obstante, esa indemnización se puede reconocer vía negociación colectiva o en una norma futura como así lo hace el Borrador de Anteproyecto reforma de la LCITI, que la cifra en 12 días de salario.

Tampoco se ve afectado el contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, que mantiene su carácter de contrato especial, y está orientado al perfeccionamiento y especialización profesional del personal investigador postdoctoral que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional, de ahí que se asimile en su régimen jurídico a un contrato formativo, en particular, al suprimido contrato en prácticas [art 22.1.f) de la LCTI] ahora denominado para la obtención de práctica profesional (art.11.3 del Estatuto de los Trabajadores) introducido, como se ha señalado, por la reforma laboral.

La ley faculta a las universidades para que puedan realizar este tipo de contrato con cargo a sus propios presupuestos, pero también pueden utilizar esta contratación en el marco de

las ayudas en todos aquellos programas que tengan por finalidad fomentar la incorporación de jóvenes, en posesión del grado de doctor, con objeto de que completen su formación investigadora postdoctoral. En este sentido, los contratos Juan de la Cierva-formación, (encuadrados dentro del Subprograma Estatal de Formación del Programa Estatal para desarrollar, atraer y retener talento contenidos en el Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023) se canalizarían a través de esta modalidad y también los contratos de las ayudas directas Margarita Salas para la formación de jóvenes doctores.

Tampoco queda afectado el contrato de trabajo bajo la modalidad de investigador distinguido, cuya duración es la que las partes acuerden. Señalar que los contratos Beatriz Galindo, cuya finalidad es atraer el talento investigador que ha realizado parte de su carrera profesional en el extranjero, se han canalizado a través de esta modalidad contractual y una duración de cuatro años.

### **3. LA GENERALIZACIÓN NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL INDEFINIDA Y LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LAS AYUDAS RAMÓN Y CAJAL Y DE OTROS PROGRAMAS Y SUBPROGRAMAS PARA LA INCORPORACIÓN DE PERSONAL INVESTIGADOR**

Especial consideración merece la contratación en el marco de las ayudas del Programa Estatal para Desarrollar, Atraer y Retener Talento del (PEICTI).

Como se puso de relieve, el apartado 3 de la Disposición derogatoria única del DLRL incorpora una derogación expresa de las disposiciones referidas al contrato de obra o servicio contenidas “en particular” en la LCTI previstos “para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica” (art. 20.2 en relación con el núm. 1 de la Disposición adicional vigesimotercera de la LCTI). El artículo 20.2 de esta Ley facultaba a las universidades la contratación de personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas en la LET, con la sola sujeción a las previsiones que las leyes de presupuestos establezcan respecto de las autorizaciones para realizar este tipo de contratos (art. 20.3). La Disposición adicional vigesimotercera de dicha Ley no solo permite superar el límite máximo de duración de los contratos de obra o servicio vinculados a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica, sino que vino a excepcionar la aplicación de los párrafos primero y segundo del artículo 15.5 de la LET, es decir, el encadenamiento de contratos, estableciendo la LCTI un régimen específico para el personal investigador contratado en dichos proyectos. Esta derogación se proyecta, entre otros, sobre los contratos Ramón y Cajal, Juan de la Cierva-incorporación y María Zambrano.

La finalidad de los contratos Ramón y Cajal es “promover la incorporación de personal investigador, español y extranjero, con una trayectoria destacada, en centros de I+D españoles, con el fin de que adquieran las competencias y capacidades que les permitan obtener un puesto de carácter estable en un organismo de investigación del Sistema Español de Ciencia, Tecnología y de Innovación” (art. 3.1 de la Orden CIN/1478/2021, de 27 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de las ayudas Ramón y Cajal y de las ayudas Juan de la Cierva-formación, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación para el período 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y por la que se aprueba la convocatoria de tramitación anticipada correspondiente al año 2021).



En el Subprograma Estatal de Incorporación del citado Programa, además de los contratos Ramón y Cajal con dicha finalidad y una duración de las ayudas de cinco años, están incluidos, entre otros, los contratos Juan de la Cierva-incorporación para permitir el desarrollo de una carrera investigadora independiente, además de incentivar la retención y atracción de talento, nacional e internacional hacia universidades y organismos de investigación con una duración de la ayuda de tres años. Por otro lado, se han canalizado las ayudas María Zambrano para la atracción a universidades públicas españolas de personal docente e investigador con trayectoria posdoctoral acumulada en universidades o centros de investigación extranjero con una duración del contrato de uno, dos o tres años.

El objetivo de estos contratos, para personal que cuenta con una experiencia postdoctoral previa o una trayectoria científico-técnica relevante a nivel internacional, tiene difícil encaje dentro de las modalidades contractuales específicas de la LCTI. Ciertamente, antes de la reforma laboral, el artículo 20.2 de esta Ley posibilita la contratación a través del contrato de obra o servicio determinado, posibilidad que, por lo dicho, se ha derogado. La alternativa que parece plantear la convocatoria citada para contratar a los investigadores Ramón y Cajal aparece resuelta en el último párrafo del art. 59.1 de dichas bases al señalar que “los contratos podrán tener desde su inicio carácter indefinido, o ser sustituidos por otros con este carácter a lo largo del periodo de ayuda, sin que por ello se altere ninguna de las disposiciones establecidas para las ayudas para la contratación”. Parece, pues, que las bases de la convocatoria son conscientes de la reforma laboral que se publicó tres días después y por ello se remiten al contrato indefinido o a su sustituto, que no es otro que el contrato fijo-discontinuo, si bien el Borrador de Anteproyecto de ley por la que se modifica la LCTI (versión de 16-12-2021) contempla un nuevo contrato de actividades científico-técnicas de carácter indefinido y vinculado a financiación externa en su totalidad, que parece muy interesante y sobre el que reparo en el apartado de conclusiones y propuestas del Informe.

Pues bien, en esta cuestión conviene recordar, de nuevo, al hilo del análisis del fijo discontinuo, la cuestión de la extinción de esos contratos por concurrencia de insuficiencia presupuestaria, de lo que me ocupó también en el citado apartado.

En relación con otras figuras como las ayudas Juan de la Cierva-formación debe atenderse a su naturaleza, que es formativa y no de obra o servicio, por lo que no le alcanzaría la supresión de este último contrato, aunque habrá que ver como se canalizan los contratos Juan de la Cierva- incorporación.

Por último, en el caso en que la Universidad oferte convocatorias para contratar personal investigador, habrá que atender al objeto y finalidad de las mismas, si es formativa o de otra naturaleza, de modo que el contrato laboral será el que corresponda según esta caracterización, sin que pueda, eso sí, ser de obra o servicio como se viene señalando reiteradamente. Probablemente serán indefinidos.

#### **4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS**

A lo largo de los apartados anteriores se han puesto de relieve, en síntesis, los efectos jurídicos que despliega la aplicación de la reforma laboral en la Universidad, especialmente en lo referente a la contratación, que es la materia novedosa, trascendental y relevante, a la vez que más problemática, de esa nueva legislación. Se han identificado las cuestiones polémicas que esta legislación plantea, así como las eventuales disfunciones que produce.

De igual forma, se han mostrado, expresa o implícitamente ente, las posibles opciones o “soluciones” a los distintos problemas, teniendo en cuenta además para ello no sólo la

legislación aplicable vigente, sino también modificaciones legales actualmente en proceso de elaboración, especialmente el citado Borrador de Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 14/2001, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI), versión de 16 de diciembre de 2021, que estimo conveniente debe ser tomado en consideración habida cuenta de su trascendencia para un análisis valorativo completo de las cuestiones sometidas al presente Informe y para las propuestas que a continuación se formulan por mi parte. De especial trascendencia es, en lo que ahora toca, la regulación prevista en el nuevo art. 23, bis y el contrato indefinido que dicho precepto contempla.

De los razonamientos contenidos en el Informe se deducen las siguientes conclusiones.

Primera.- La contratación laboral que se generaliza en la Universidad, en aplicación de la reforma laboral examinada, es la de carácter indefinido, incluyendo el contrato indefinido en la variante de fijo-discontinuo, que merece ser tenido ahora en cuenta como una fórmula contractual o modalidad de prestación laboral interesante para ser tomada en consideración en la Universidad. Se trata de un reforzamiento legal del contrato indefinido frente al temporal para devolver a este último la causalidad que se corresponde con la duración limitada.

Esta regla legal general en favor de aquella contratación se deduce e infiere con claridad del nuevo y relevante art 15.1 de la LET: “el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido”. Se consagra así una presunción “iuris et de iure” en favor de este contrato, que no admite, por ello, prueba en contrario. El efecto inmediato además de esta declaración implica que de no existir causa legal para un contrato temporal, justificada y probada, esa relación laboral será siempre indefinida. Se trata de una novedad normativa incorporada a la reforma laboral que no existía, por lo dicho, en la legislación anterior y que despliega plenas consecuencias jurídicas.

Segunda. - Sólo existirá contratación temporal en aquellos casos en que concurra una causa legal que habilite para ello. Y esas causas son únicamente las que permiten concertar los dos contratos formativos previstos, los contratos por circunstancias de la producción o los contratos por sustitución de la persona trabajadora. Por las características que concurren en la Universidad, lo normal es que el contrato temporal del que se haga mayor utilización será el de sustitución, aunque pudiera explorarse el de producción. Fuera de estos supuestos, no es posible suscribir contratos temporales. En definitiva, los contratos temporales concertados en la Universidad deberán tener siempre y exclusivamente una causa que los justifique o ampare. De lo contrario, habrán de ser indefinidos. Y es que el legislador laboral ha querido reconducir la contratación laboral temporal a la excepción en el panorama normativo español, si bien, en el ámbito universitario queda, por lo dicho en este Informe, mas mitigada.

Esa posibilidad de contratación temporal es también posible, como se ha dicho, con base en la causa legal asociada a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos europeos.

Tercera. - La generalización y obligación legal de la contratación laboral indefinida no es exigible para los contratos laborales que la Ley regula expresamente, atribuyéndoles expresamente carácter temporal. Es el caso de las figuras docentes de naturaleza laboral previstas y reguladas en la LOU. De igual forma, las figuras laborales específicas de carácter temporal previstas y reguladas en la LCTI.

Cuarta. - Conforme a estas previsiones, la Universidad habrá de acomodar su práctica contractual laboral a estas exigencias legales, haciendo real y efectiva la contratación indefinida y estable en todos aquellos supuestos queridos y ordenados por la Ley, operándola

además de acuerdo y en los términos previstos en el escenario legal temporal descrito y marcado por la norma, expuesto y desarrollado en este Informe.

Quinta.- Sin embargo, como se ha puesto de relieve en el Informe, la traslación y aplicación en muy breve tiempo de las previsiones legales de la reforma laboral en favor de la contratación indefinida tienen una fuerte incidencia sobre la propia contratación laboral en la Universidad, con un impacto relevante en materias o ámbitos relacionados con la investigación, la innovación y la transferencia del conocimiento, que son competencias relevantes de la institución universitaria, lo que no está exento, por tanto, de cierta complejidad.

En efecto, todas esas manifestaciones exigen y muestran altos niveles de especialización académica y formativa que requieren, a su vez, el complemento que deben proporcionar los instrumentos jurídicos necesarios para que pueda alcanzar sus objetivos. Es, por ello, que el oficio científico en la Universidad presenta singularidades y características diferenciadas de otros en las que no concurren esos rasgos. En este contexto, estas actividades universitarias han sido desarrolladas y cubiertas desde tiempo sobre fórmulas de contratación laboral temporal debido a la propia naturaleza de los fondos sobre las que se realiza, que no son permanentes, al estar sujetos a financiación externa variable objeto de distintas vicisitudes, que comprometen su propia realización y su continuidad. Y esa ha sido y es la práctica generalizada. La insuficiencia presupuestaria sobrevenida impide o limita, en muchos casos, la financiación sobre la que descansa la misma contratación del personal.

La generalización de la contratación laboral indefinida para estas actividades, con las excepciones legales mencionadas, y con las que no está familiarizada la Universidad, presenta, de entrada, algunas disfunciones que pueden comprometer su propio ejercicio, efectividad y desarrollo si se debe aplicar prácticamente de inmediato. En este sentido, conviene destacar que el Borrador de Anteproyecto de reforma de la LCTI incorpora, como se ha dicho, un nuevo precepto, que abre la puerta al denominado “contrato de actividades científico-técnicas”, cuyo objeto abarca un amplio contenido al incluir la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, así como la gestión científico-técnica, entre las que se incluye la actividad de transferencia de las Universidades. Los contratos que se prevén son indefinidos, si bien están vinculados a la citada financiación externa asociada a los proyectos. Es, por ello, que estos contratos, aún cuando son indefinidos, pueden extinguirse, cabe pensar que con causa precisamente en la inexistencia o insuficiencia de la financiación, con terminación así de la relación laboral, que irá acompañada de la indemnización que haya de corresponder derivada de la extinción, aunque no se identifica, ni cuantifica, pero que fácilmente se puede deducir de acuerdo con la legislación laboral.

En este escenario, hubiera sido recomendable que la aplicación plena y de lleno de las exigencias de contratación laboral indefinida en estas materias dispusiera de un tiempo de adaptación entre la vigencia prevista y ordenada en la reforma laboral y la entrada en vigor de esa modificación de la LCTI, caso de prosperar. Una transitoriedad, a la postre, que permitiera, de un lado, realizar las contrataciones laborales necesarias para asegurar y mantener las actividades investigadoras, de innovación y de transferencia del conocimiento aunque, en determinados casos, pudieran tener carácter temporal y, de otro, preparar a la propia institución universitaria para cubrir la actividades mencionados a través de una contratación laboral indefinida que no es hoy la regla general. Esas contrataciones tendrían, por tanto, un término final, que podría coincidir con la entrada en vigor de la citada reforma o con la fecha tope prevista en el DLRL para la extinción definitiva de los contratos de obra o servicio en vigor y que llevaría aparejada la finalización de los contratos temporales concertados en ese periodo transitorio.

Por otro lado, una intervención legislativa como la descrita podría permitir también ofrecer una respuesta normativa adecuada a la complejidad y los problemas que puede plantear la supresión de la causa autónoma de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector público, que estaba vigente, como se ha dicho, desde 2012 hasta su derogación por la reforma laboral. Los despidos que se han producido en las Administraciones públicas en los últimos años han sido precisamente con base en esta causa que descansa en la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación del servicio público correspondiente. Y este es, como se ha dicho, el motivo que podría esgrimirse por la Universidad para la extinción de los contratos indefinidos concertados para realizar esas actividades universitarias. Se trataría, por consiguiente, de perfilar e identificar, con la claridad necesaria para evitar la inseguridad jurídica las vicisitudes presupuestarias con trascendencia para que puedan operar como causa extintiva de la relación laboral indefinida, reconociendo y concretando, a su vez, la indemnización que correspondería por ella. De lo contrario, la extinción de esa relación laboral indefinida deberá hacerse al amparo del art. 49,1 de la LET, es decir, “por causas objetivas legalmente procedentes”, pues, a mi juicio, no es de aplicación la causa de extinción prevista en el art. 52,e de la LET, pensada para entidades sin ánimo de lucro de carácter privado. Esas causas no son otras que las del art. 52 y, en su caso, las del art. 51 de la LET, esto es, por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, especialmente las primeras, que no están diseñadas ni reguladas en su molde legal para el empleo público y, por tanto, para la Universidad. El riesgo de una indefinición normativa como la descrita es que la extinción del contrato (el despido del trabajador contratado con cargo a la financiación de los proyectos) no sea procedente, por no haberse probado o justificada la causa motivadora, por lo que la indemnización que debería abonar la Universidad no sería la de 20 días de salario, sino la del despido improcedente de 33 días de salario. Esta inseguridad jurídica producirá, sin duda, a una conflictividad judicial indeseable. Interesa señalar, por ejemplo, que la indemnización que reconoce la Ley 20/21, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público en los procesos de estabilización, es la de 20 días.

Y es que, una vez exigible y aplicable la contratación indefinida para la realización de estas actividades, la cuestión controvertida y conflictiva se traslada precisamente a la relacionada con la extinción de esos contratos de trabajo.

Es, por todo ello, que sería aconsejable actuar a tiempo desde el punto de vista político-legislativo para convencer de la oportunidad y conveniencia de una intervención normativa en los términos descritos.

En el caso de que esta actuación no prosperase, la generalización de la contratación laboral indefinida en los términos desarrollados en este Informe se muestra como una exigencia legal para la Universidad.

Sexta. - En todo caso, al margen de que se atendiera y actuara a favor de esta “moratoria” o transitoriedad, caso de emprenderse, lo que sí parece recomendable es que las Universidades consignen fondos para hacer frente a esas eventuales indemnizaciones, que parece se deberían nutrir de los proyectos que disponen de financiación externa para la contratación de personal, reservando las cantidades necesarias para esa eventualidad. De ahí la necesidad y la importancia de disponer de una cierta seguridad jurídica sobre el importe de las indemnizaciones. De lo contrario, podría afectar y comprometer sus propios recursos financieros y presupuestarios, que no son, con carácter general, abundantes.

## **5. LA RESPUESTA (INSUFICIENTE) DE LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA: EL CONTRATO DE ACTIVIDADES CIENTÍFICO-TÉCNICAS**

Probablemente por tomar razón de los problemas planteados y adelantándose a la aprobación de la reforma de la LCTI menciona, el reciente Decreto-ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación adelanta la vigencia del citado art. 23,bis al contemplar estos contratos cuyo objeto es “la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas”.

Contempla un contrato de duración indefinida, cuya celebración exige algunas requisitos, para señalar expresamente que al personal contratado le corresponderá “la indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral”.

No resuelve, a mi juicio, esta previsión legal los problemas anteriormente mencionados, pues debería haberse contemplado como causa objetiva legalmente procedente de extinción de los contratos indefinidos del personal suscritos para la realización de las actividades científicas mencionadas “la ausencia de financiación o la insuficiencia presupuestaria” que impide la continuación de la actividad científico-técnica objeto de los citados contratos. De igual forma, se debería haber identificado la indemnización que correspondería abonar al personal empleado derivada de la extinción de su relación jurídico- laboral. Y todo ello a los efectos del art.49.l, en relación con los arts. 52 y 53 de la LET.

La inseguridad jurídica, pues, no desaparece para las universidades, al no disponer de la exigible certeza jurídica respecto de la causa de extinción y de la indemnización de los contratos indefinidos suscritos para estas actividades. Una situación así es susceptible de generar, a su vez, una conflictividad y litigiosidad judicial en modo alguno deseable.

Por ello, y para ofrecer algo mas de certeza en la actuación de las universidades me parece que tendría pleno respaldo legal incorporar a esos contratos una cláusula contractual específica, a modo de condición resolutoria, y con amparo en el art. 49 de la LET en la que se establezca , con base también en el citado art. 23,bis,que el contrato podrá extinguirse si concurre ausencia o insuficiencia de la financiación que sirvió de base o fundamento para la contratación del trabajador, reconociéndose, en tal caso, el abono de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio al trabajador.

Y no me parece que esta cláusula contractual sea reprochable en el presente caso por mostrarse, a mi juicio, una causa consignada válidamente en el contrato que no cabe deducir que sea abusiva. En última instancia, si esas extinciones, con o sin esta cláusula contractual, son objeto de impugnación, el juez social habrá de pronunciarse sobre la procedencia o no del despido y, por tanto, de la indemnización.

**SOBRE LA PRETENDIDA Y NO CONSEGUIDA MODERNIZACIÓN DEL  
RÉGIMEN LABORAL DE LA SUBCONTRATACIÓN**

JAVIER GÁRATE CASTRO

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

Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS CAMBIOS FRUTO DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021

## 1. INTRODUCCIÓN

Entre las materias afectadas por las modificaciones que introduce 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, figura la «subcontratación de obras y servicios», objeto de diversos cambios directos, algunos relacionados entre sí. Tales cambios se localizan en el contenido que reciben determinados preceptos del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS) y de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (en adelante, LSC). Uno de los cambios es de naturaleza meramente formal y de nula o, siendo muy generosos, de apenas relevancia desde una perspectiva jurídica estricta; los demás son de fondo o, lo que es igual, de naturaleza sustancial, lo que no implica que tengan igual importancia y precisen el mismo grado de atención. Por lo que respecta a los cambios incorporados a preceptos del ET, dos (entre ellos el cambio formal) se encuentran en su art. 42, todo él dedicado, como se sabe, a la «subcontratación de obras y servicios»; otro se ubica en la nueva regulación de las modalidades del contrato de trabajo y, en concreto, en la regulación del contrato por circunstancias de la producción que realiza el art. 15.2; otro aparece en la regulación del contrato de fijo discontinuo que realiza el art. 16 y el último está en los art. 47 y 47 bis, dentro, pues, de las muy proliferas normas, técnicamente impropias de una ley, sobre los expedientes de regulación temporal de empleo, tanto los calificables de ordinarios (los del art. 47) como los tramitados al amparo de la activación del mecanismo RED (art. 47 bis).

Los referidos cambios, saben a poco. Aun dentro de los que poseen carácter sustancial, su importancia es relativa, máxime si se valoran atendiendo al conjunto de preceptos reguladores de los aspectos laborales de las contrataciones y subcontratas y, no digamos ya, atendiendo al tratamiento normativo que tiene y merecería tener la regulación laboral del mucho más complejo fenómeno de la descentralización productiva. El régimen jurídico-laboral de la subcontratación sigue estando obsoleto y necesitado de una reforma técnico-jurídica de mucho más calado que la llevada a cabo por el citado Real Decreto-ley, pacato y poco valiente en este punto. Semejante reforma, que no tiene por qué ser incompatible con el modelo de flexibilidad que rige el desarrollo de las relaciones laborales (la flexibilidad no es necesariamente incompatible con un reforzamiento de las garantías laborales de los trabajadores), queda pendiente. A mi juicio, los aludidos cambios, aunque van por el buen camino, distan de eliminar el desfase general -sobrevenido, no originario- que acusa la legislación española en relación con relevantes aspectos laborales de la subcontratación (especie) como técnica típica y más frecuente de descentralización productiva (género) y la general falta de atención a otras técnicas de colaboración empresarial que también encajan en esta última, salvo que la primera se entienda en una acepción amplia, comprensiva de la colaboración por vías contractuales y no contractuales, lo cual admito aun sin contar con la seguridad jurídica que proporcionaría una disposición normativa que así lo estableciese.

La «modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales», a la que se refiere el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (componente 23) presentado por el Gobierno ante la Comisión Europea en 2021, queda muy lejos de conseguirse a través de los cambios aquí contemplados. Estos no evitan que los tribunales laborales deban seguir recreando, para dar solución a cuestiones no tenidas en cuenta cuando se redactaron, algunos importantes preceptos reguladores de la subcontratación que mantienen el contenido que tenían en 1980, inspirado, a su vez, en la regulación de la subcontratación realizada por el art. 19.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones

Laborales, y por el art. 4 del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores.

No está justificado que siga omitiéndose cualquier aclaración sobre las situaciones que comprende el supuesto de hecho al que se aplica la regulación del art. 42 del ET.

No está justificado que siga haciéndose referencia, sin más, a contrata y subcontrata y se omita cualquier indicación a la inclusión de los encargos de operaciones y tareas por una vía no contractual, como sucede en el sector público<sup>1</sup> y también en el seno de un grupo de empresas, cuando la empresa matriz procede a la constitución de empresas filiales con el objetivo preciso de traspasarles una parte de las operaciones que precisa para el desarrollo de su actividad o negocio<sup>2</sup>.

No está justificado que siga manteniéndose el concepto de «contrata de la propia actividad» para construir sobre él, omitiendo la inclusión de pautas expresas, claras y seguras que lo precisen y pongan fin a interpretaciones judiciales (y de la doctrina jurídica) poco atinadas, una importante diferenciación entre las obligaciones y responsabilidades laborales y de seguridad social de las empresas principales y las de las empresas principales de aquellas contrata que ya no serían de la propia actividad. Es inadmisibles que siga faltando una definición expresa y clara de lo que son encargos de la «propia actividad» que ponga fin a la estrecha interpretación finalmente acogida por los tribunales laborales, con la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al frente laborales, con la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al frente<sup>3</sup>.

No está justificado que se mantenga el uso de expresiones y pautas confusas que consienten posiciones bien opuestas sobre algunos aspectos de la responsabilidad jurídico-laboral de las empresas principales en las contrata de la propia actividad y, en concreto, de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad social de las empresas subcontratistas o colaboradoras<sup>4</sup>.

Tampoco está justificado, sin que con ello termine la lista de las deficiencias que merecerían ser enmendadas, la falta de reglas que solucionen los problemas de concurrencia entre las garantías laborales y de seguridad social establecidas para un caso con las fijadas para otro, la poca dispersión de la normativa y la limitación de los avances, las modificaciones y las novedades a los contenidos incorporados por sucesivas leyes al ET<sup>5</sup> -a su art. 42 y también, ahora, a su art. 16-, a una regulación sectorial de la subcontratación en las actividades de la construcción<sup>6</sup>, a las especiales subcontrataciones de fomento del empleo instrumentadas a través de enclaves laborales<sup>7</sup> o, en fin, a un deber del empresario

<sup>1</sup> Véanse arts. 30 a 33, ambos incluidos, y disposición adicional cuadragésima novena de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

<sup>2</sup> Véase Gárate Castro, J.: «Descentralización productiva y Derecho del Trabajo», en el volumen *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Cinca (Madrid, 2018), págs. 47-49.

<sup>3</sup> Véase Gárate Castro, ob. cit., págs. 49-53.

<sup>4</sup> Véase Gárate Castro, J., ob. cit. págs. 53-55.

<sup>5</sup> En concreto, por la Ley 12/2001, de 9 de julio, la Ley 43/2006, la Ley 13/2012 y el Real Decreto-ley 32/2021, de 29, 26 y 28 de diciembre, respectivamente.

<sup>6</sup> Realizada por la LSC, que establece, según declara su exposición de motivos, «una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores».

<sup>7</sup> Se ocupa de ellas el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero. De acuerdo con su art. 1.2, «se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza



de comprobar, previamente al inicio de la prestación de la actividad que subcontrate y se vaya a ejecutar de forma continuada en sus centros de trabajo, la afiliación y el alta en la seguridad social de cada uno de los trabajadores que los subcontratistas vayan a ocupar en dichos centros<sup>8</sup>.

## 2. LOS CAMBIOS FRUTO DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021

Ninguno de los cambios de que se trata contribuye, en rigor, al avance en «la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas» que propugna el punto III de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021. Tampoco sirven para justificar ante la Unión Europea, de forma seria, la consecución de la «modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales» que se hace objetivo, con lenguaje pomposo en exceso, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

### 2.1. Un cambio formal

Consiste el cambio ahora contemplado, ajeno a la solución de los graves problemas que plantea la regulación de la subcontratación, en la adopción de un lenguaje políticamente correcto, inclusivo o no sexista, a costa de un resultado que, por lo general, hace más pesada la lectura de los preceptos y no siempre es compatible con el buen uso de la lengua española, aparte de que, en algunas ocasiones, el género masculino es reemplazado por el uso exclusivo del femenino. En el art. 42 del ET, las referencias a «los empresarios», al «empresario», a «dichos contratistas», a «los trabajadores», al «cabeza de familia», al «propietario», al «contratista o subcontratista» y a los «representantes legales de los trabajadores» se sustituyen, respectivamente, por las referencias a las «empresas», a la «empresa», a «dichas contratistas», a «las personas trabajadoras», a la «persona», al «propietario o [la] propietaria», a «la contratista o subcontratista» y a «la representación legal de las personas trabajadoras». La perseverancia, por encima de todo, en el lenguaje inclusivo, hubiera sido compatible con el empleo de este de manera más cuidadosa o precisa en algunos pasajes del artículo y, en concreto, en los apartados 4 y 5, que dejan de hacer referencia a la obligación de la empresa principal y de la empresa contratista o subcontratista de informar a «los representantes legales de sus trabajadores» respectivos sobre los extremos que al efecto se indican y pasan a hacer referencia a «la representación legal de las personas trabajadoras»; no se acierta a comprender que razón hay para no haber hecho referencia a «la representación legal de sus trabajadores». Puestos a prescindir del lenguaje no inclusivo, de uno y otro signo, el punto IV de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021 bien podría haber hecho mención, al referirse a «los puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina», en lugar de al grupo de «camareras de piso», al grupo de camareras y camareros de piso (estos últimos también existen) o al grupo de personas trabajadoras como camareras o camareros de piso.

---

temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora». El apartado 4 del mismo artículo dispone la aplicación a los enclaves laborales de lo establecido en el art. 42 del ET.

<sup>8</sup> Art. 16.5 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La medida procede del art. 5 del Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, en redacción dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre.

## 2.2. La determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista

A primera vista puede parecer que el nuevo apartado 6 del art. 42 del ET, dedicado a la determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista, es de la máxima importancia y, probablemente, así se tratará de presentar por algunos, igual que pretende presentarlo, con evidente falta de correspondencia con el tenor del referido precepto, el punto IV de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021. Vaya también por delante que dicho apartado rige con independencia de que la contrata o subcontrata sea o no de la propia actividad.

La indicada determinación se realiza a través de tres reglas, una general y dos especiales, una de ellas de excepción a la general y la otra de excepción a ambas. De acuerdo con la regla general, «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»; ahora bien, ello es así -primera excepción- «salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III» o -segunda excepción- salvo que «la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio», en cuyo caso se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84».

Leídas y releídas las tres reglas y valoradas tanto de acuerdo con los criterios mantenidos por el Tribunal Supremo sobre el asunto como de acuerdo con el art. 84 del ET, cabe considerar el cambio que incorporan, siguiendo al poeta Horacio en verso que recuerda el título de una fábula de Esopo, como «el parto de los montes»<sup>9</sup>. También cabe considerarlo, recurriendo al título de conocida comedia de Shakespeare, como productor de «mucho ruido y pocas nueces» («Much ado about nothing»); «assai rumore e poca lana» y «são mais as vozes (do) que as nozes» dirían mis colegas italianos y portugueses, respectivamente.

El cambio que representa el comentado nuevo apartado 6 es muy diferente y alejado del propugnado, de modo bien intencionado, aunque un tanto irreflexivo y limitado a las contrataciones de la propia actividad, por la «proposición de ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados», presentada por el grupo socialista en el Congreso de los Diputados<sup>10</sup>. De acuerdo con la modificación propuesta, presidida por el claro propósito de embridar a las empresas multiservicios, el citado precepto del ET hubiera pasado a disponer que «las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las [mejores, se sobreentiende] condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal». El objetivo perseguido era, ciertamente, de la mayor relevancia; sin perjuicio de su posible conflicto con la que en aquel momento constituía la normativa de la Unión en materia de los desplazamientos transnacionales<sup>11</sup>, se abogaba por la igualación de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas con los de las empresas principales en relación con las más importantes condiciones de trabajo y empleo:

<sup>9</sup> *Parturient montes; nascetur ridiculus mus* (véase El Arte Poética de Horacio o Epístola a los Pisones, traducida en verso castellano por T. de Yriarte, Imprenta de la Real Gaceta, Madrid, 1777, pág. 21, verso 135).

<sup>10</sup> Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie B, núm. 25-1, de 9 septiembre de 2016.

<sup>11</sup> La contenida en la Directiva 96/71/CE en la versión a la sazón en vigor y, por lo tanto, anterior a su importante modificación llevada a cabo por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 junio de 2018.

las «esenciales». Se trataba de una igualación inspirada, claramente, en la establecida para un supuesto bien conocido de descentralización productiva «externa»: la definida por la cesión de trabajadores a través de contratos de puesta a disposición celebrados entre las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias o clientes<sup>12</sup>.

La modificación del ET realizada por el Real Decreto-ley 32/2021 renuncia a una igualación del tipo indicado. Con carácter general, no garantiza la equiparación entre los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas y los de las empresas principales o clientes. El nuevo apartado 6 del art. 42 del ET ha optado por un camino distinto y, además, poco eficaz desde el punto de vista de la consecución del objetivo que atribuye al referido apartado la exposición de motivos de aquel Real Decreto-ley. Si bien se mira, el precepto es de escasa utilidad para embridar suficientemente a las empresas multiservicios y viene a validar, en el ámbito de la subcontratación, con algún que otro matiz, los principios de la actividad preponderante y de especialidad o especificidad seguidos por la jurisprudencia y la doctrina judicial para resolver el problema de la determinación del convenio colectivo aplicable.

Coincido con la referida exposición de motivos, pues me he pronunciado en el mismo sentido que ella en otro momento y lugar<sup>13</sup>, de modo particular en relación con las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores de que se valen las empresas multiservicios para cubrir los encargos asumidos, en que «es necesario abordar una reforma que impida que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas» (punto III); en que es apropiado y necesario procurar la protección a los trabajadores destinados a la ejecución del encargo propio de la contrata o subcontrata «evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales» o, lo que es igual, en que «la externalización debe justificarse en razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas» (punto IV). Como señala la comentada exposición de motivos, se trata de un «objetivo plausible y legítimo». Sin embargo, su consecución en modo alguno se asegura a través de la aplicación del convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata.

En contra de lo que manifiesta la exposición de motivos (punto IV), la cabal observancia del principio de igualdad de trato en relación con los trabajadores destinados a los encargos objeto de descentralización no se asegura mediante la garantía de la aplicación, sin más, de un convenio colectivo sectorial, cuando resulta que este es el que corresponda a la actividad descentralizada o subcontratada o aquel en cuyo ámbito se encuentre regularmente incluida la empresa colaboradora o subcontratista que asuma la prestación de dicha actividad. En cualquier caso, lo que no consigue la ley -el art. 42.6 del ET- puede llegar a conseguirlo ese convenio colectivo sectorial. En realidad, siempre ha estado a su alcance y no precisa previsión legal, pues la vía a utilizar encuentra cobertura en la libertad de estipulación que constituye contenido esencial del derecho de la negociación colectiva laboral (art. 37.1 de la CE). Me refiero a la posibilidad de que un convenio colectivo que incluya en su ámbito funcional de aplicación actividades susceptibles de ser prestadas a otras empresas en régimen de externalización (por ejemplo, un convenio colectivo sectorial de limpieza de

<sup>12</sup> Art. 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: «Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto»; se consideran condiciones esenciales de trabajo y empleo, a tales efectos, «las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos».

<sup>13</sup> Véase Gárate Castro, J, ob. cit., págs. 31 y 62 y sigs.

edificios y locales o de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones) se adhiera, en relación con los trabajadores destinados a subcontratas que tengan por objeto las aludidas actividades, a un mayor o menor número de las superiores condiciones de trabajo, entre ellas las salariales, que puedan aparecer previstas en el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas principales o clientes. Para lograr lo anterior no hace falta, como he indicado, previsión legal, ni tampoco vale lo que dispone el art. 42.6 del ET. Se precisa que semejante tipo de adhesión, válida, se incluya en el contenido de las negociaciones a desarrollar en el seno de la comisión negociadora del convenio colectivo, capacidad de persuasión e influencia sobre los representantes de los empresarios en dicha comisión, disposición a la aceptación de contrapartidas y suficiente poder negociador de la parte social. Aunque la consecución de todo ello no es fácil, no resulta imposible.

Téngase en cuenta que las reglas del nuevo apartado 6 del art. 42 del ET, comentadas a continuación, no son aplicables, según establece de forma expresa la nueva disposición adicional vigesimoséptima del ET, añadida por el Real Decreto-ley 32/2021, a las contrata y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo. Aunque no se diga, se sobreentiende que tales contrata y subcontratas serán las concertadas a través de los «enclaves laborales» que regula el Real Decreto 290/2004<sup>14</sup>. Dicha disposición adicional no hace más que incorporar al texto de una norma, contribuyendo, con ello, a la seguridad jurídica, el tradicional criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que rechaza que las relaciones laborales de los trabajadores discapacitados destinados a la ejecución de una actividad subcontratada se rijan por el convenio colectivo correspondiente a esta en lugar de por el convenio colectivo específico de los centros especiales de empleo. Para la Sala, tales trabajadores «han de regir sus relaciones por el convenio colectivo propio, sean cuales sean las tareas a las que se dediquen en tanto estén vinculados a esa específica figura empresarial mediante una relación laboral especial que define el ámbito de aplicación del citado convenio»<sup>15</sup>.

### 2.2.1. La regla general

La regla ahora contemplada, según la 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, con independencia de su objeto social o forma jurídica», no conduce, desde luego, a la aplicación de las mejores condiciones de trabajo y empleo disfrutadas por los trabajadores de la empresa principal o comitente, salvo que esta última figure sujeta, por su actividad, al mismo convenio colectivo sectorial que aquellas. Ahora bien, tampoco se opone a la posibilidad de que el convenio colectivo aplicable a las empresas principales o comitentes pueda mejorar la posición de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas obligando a las primeras a incluir en las subcontrataciones que celebren una cláusula en virtud de la cual las segundas se comprometan a cumplir, respecto de los trabajadores destinados a la ejecución de la contrata, las mejores condiciones de trabajo establecidas en aquel, entre ellas las de naturaleza salarial<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Véase *supra* nota 7.

<sup>15</sup> Sentencia de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6218), con cita de la de igual Sala de 24 de noviembre de igual año (RJ 2015/6393). En igual sentido, con anterioridad, sentencia de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4959); con posterioridad, en casación para la unificación de doctrina, sentencias de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017/932) y 6 de febrero de 2020 (RJ 2020/830).

<sup>16</sup> Sanciona la validez del expresado tipo de cláusula la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 12 de marzo de 2020 (RJ 2020/2042), en relación con lo dispuesto en el art. 20 del convenio colectivo para el sector de hostelería de la provincia de Alicante para los años 2017 a 2020, del siguiente tenor literal: «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

Por lo que respecta a la irrelevancia del «objeto social» a la hora de determinar tal convenio colectivo sectorial, no es algo nuevo o desconocido hasta ahora. El apartado 6 del art. 42 del ET da aquí por bueno e incorpora en materia de subcontratación el tradicional y conocido criterio judicial que determina el convenio colectivo sectorial aplicable atendiendo a la actividad real de la empresa, cuando no coincida con ella la propia de su objeto social, declarada en los estatutos o en la escritura de constitución<sup>17</sup>.

A mi juicio, lo más relevante de la regla examinada, que proporciona fundamento legal a la solución de la jurisprudencia favorable a la aplicación del convenio colectivo sectorial de la actividad subcontratada<sup>18</sup>, es su utilidad para limitar al máximo, en el ámbito de la subcontratación, la aplicación del principio de la actividad preponderante o principal como criterio de determinación del convenio colectivo sectorial aplicable cuando la empresa colaboradora (contratista o subcontratista) aparezca realizando diversas actividades productivas no comprendidas en el ámbito funcional de un único convenio colectivo sectorial. En la situación indicada, típica, aunque no exclusiva, de las empresas multiservicios, la regla impide, con carácter general, que quepa considerar aplicable un único convenio colectivo sectorial y, en concreto, el correspondiente a la que se acredite ser actividad preponderante o principal. La determinación del convenio colectivo sectorial aplicable ha de resolverse entonces, preferentemente, con arreglo al principio de especialidad o especificidad, que lleva a la aplicación, simultánea o, en su caso, sucesiva, de dos o más convenios colectivos sectoriales o, para ser más precisos, de tantos convenios colectivos sectoriales como actividades diferenciadas realice de forma simultánea o sucesiva la empresa colaboradora, cada una preponderante en su respectivo ámbito locativo de ejecución. El problema surgirá cuando una o varias de las actividades asumidas en régimen de subcontratación no encajen en el ámbito funcional de convenio colectivo sectorial alguno. En tal caso, no me parece que devenga incompatible con la regla aquí comentada la solución ofrecida por el Tribunal Supremo, de determinación del convenio sectorial aplicable de acuerdo con el principio de la actividad preponderante<sup>19</sup>.

### 2.2.2. *La primera regla de excepción*

La determinación del convenio colectivo sectorial aplicable a las empresas colaboradoras atendiendo a la actividad descentralizada rige «salvo que exista otro convenio sectorial

empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurant, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que estos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en los artículos 42 y 64 ET».

<sup>17</sup> Véanse, entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 15 de junio de 2000 (RJ 2000/6621) y 17 de diciembre de 2001 (RJ 2001/10166), ambas de casación para la unificación de doctrina.

<sup>18</sup> Véanse, últimamente, en casación para la unificación de doctrina, sentencias de 12 de febrero y 11 de noviembre de 2021 (RJ 2021/667 y 2021/5633, respectivamente), relativas a la aplicación del convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales, no del convenio colectivo provincial de hostelería, a los trabajadores destinados a tareas de limpieza y acondicionamiento de habitaciones de establecimientos hoteleros. Se lee en ambas sentencias que, «conforme a nuestra jurisprudencia, a los trabajadores de la empresa subcontratista se les tendrá que aplicar el convenio colectivo aplicable» a ella, el cual, «en principio, no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por -nuestro caso- una empresa hotelera. Se pone de relieve aquí la diferencia entre una empresa que explota directamente el hotel con sus propios trabajadores, de aquella otra empresa que no explota directamente el hotel, sino a la que este último subcontrata parte de su actividad (en nuestro caso, la limpieza de las habitaciones) para que la realice con sus propios trabajadores». De acontecer esto último, «el convenio colectivo aplicable será, no el aplicable a la empresa hotelera principal y a los trabajadores por ella directamente contratados, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista o subcontratista».

<sup>19</sup> Opta por la indicada solución, en unificación de doctrina, la sentencia de 17 de marzo de 2015 (RJ 2005/8342), relativa a una empresa multiservicios cuya actividad principal o preponderante es la limpieza de edificios y locales. Concluye la Sala que el convenio colectivo sectorial de tal actividad también será de aplicación a los trabajadores destinados a realizar las funciones propias de la cobertura de un contrato de gestión integral de servicios

aplicable conforme a lo dispuesto en el título III». La imprecisión de la regla no puede ser mayor. No acierto a comprender que razón ha tenido el legislador para no especificar qué concretos preceptos del título III son los involucrados en el asunto. Da la sensación de que el redactor de la regla no sabe o no quiere identificar tales preceptos, entre los cuales figuran, creo, los arts. 84.1 (regla general sobre concurrencia de convenios colectivos) y 83.2 del ET y, acaso, también el 83.3.b) (ámbito funcional del convenio colectivo).

Por su ambigüedad, la regla tiene potencial para convertirse en importante fuente de litigios y de soluciones divergentes susceptibles de llegar a casación para la unificación de doctrina. Probablemente, tras esa ambigüedad se esconde la pretensión de favorecer, prestándole un cierto sustento legal del que hasta ahora carecía, la vocación imperialista de determinados convenios colectivos propios de sectores (por ejemplo, hostelería o atención a personas dependientes) comprensivos de actividades (por ejemplo, tareas de gestión, supervisión y control de limpieza y acondicionamiento de habitaciones) que son objeto, con frecuencia, de descentralización productiva (si se prefiere, de subcontratación) y que extiendan su aplicación a las empresas colaboradoras que asuman la realización de tales actividades, aun cuando estas cuenten con convenio colectivo propio o sectorial específico<sup>20</sup>. Si así fuese, debe quedar claro que la regla en cuestión no implica que la inclusión de las actividades descentralizadas en el ámbito funcional de aquellos primeros convenios colectivos no necesite que los empresarios y trabajadores afectados se encuentren debidamente representados por los sujetos negociadores<sup>21</sup>. Interpretada en la forma que he indicado, son escasas las posibilidades de que la regla sirva para conseguir que el convenio colectivo aplicable sea el de la empresa principal.

### 2.2.3. La segunda regla de excepción

De excepción a la regla general y a la también regla de excepción comentada en el apartado precedente. La aplicación de cualquiera de esas dos últimas reglas se producirá salvo que «la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio», en cuyo caso se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84» del ET. Tales términos son los contenidos en los apartados 1 y 2 del citado artículo. Así las cosas:

---

complementarios concertado con otra empresa, consistentes en informar al público sobre los servicios y actividades de esta última, orientar en el acceso al edificio, abrir y cerrar las puertas de entrada, velar porque las instalaciones queden en estado adecuado en los horarios de cierre, preparar las instalaciones para el acceso y uso en los horarios de apertura, encender y apagar los sistemas de climatización e instalaciones eléctricas, detectar pequeñas deficiencias que pueden aparecer en el edificio comunicándolo al responsable, vigilar la entrada al centro, recibir y distribuir paquetería y correo, manejar aparatos reprográficos, informáticos y cualquier otro necesario y recoger y colocar los contenedores de residuos en el interior de los recintos.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, art. 3 del convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de Sevilla 2017-2019 (Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de 9 de febrero de 2018): «Al personal que desarrolle su trabajo, total o parcialmente, en las categorías de camareras/os (*sic*) de pisos, camarero/a (*sic*), y ayudantes de camareros/as (*sic*), que sean o estén contratados (*sic*) por cualquier empresa que preste sus servicios a las empresas recogidas en los ámbitos funcional y personal del presente convenio, a partir del 1 de enero de 2019 les (*sic*) serán de aplicación las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el presente convenio que fuesen de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicha empresa principal»; a tales efectos, «se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales». También art. 1 del convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de Las Palmas 2016-2019 (Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas de 17 de marzo de 2017): el presente convenio colectivo afectará, igualmente, «a todas aquellas empresas 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» a su ámbito funcional, «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».

<sup>21</sup> Cfr. sentencias del Tribunal Supremo citadas *supra*, nota 18.

- 1) La existencia de convenio colectivo propio de la empresa colaboradora conduce, mientras este mantenga su vigencia<sup>22</sup> y conforme a la regla general de concurrencia de convenios del art. 84.1 del ET, a la inaplicación a dicha empresa del convenio colectivo que se suscriba con posterioridad para el sector de la actividad descentralizada que aquella haya asumido. No juega aquí, pues, ni la regla general ni la primera regla de excepción del apartado 6 del art. 42 de igual texto legal.
- 2) La suscripción por la empresa colaboradora de un convenio colectivo propio (de empresa, no de ámbito inferior) con posterioridad a la entrada en vigor de un convenio colectivo del sector al que pertenezca la actividad descentralizada asumida es posible y tendrá preferencia aplicativa sobre este último convenio, aunque solo en las materias que relaciona el art. 84.2 del ET, entre las que ya no figura el importe del salario base y de los complementos salariales.

### **2.3. El empleo del contrato de fijo-discontinuo como instrumento de contratación de los trabajadores destinados a la ejecución de los encargos objeto de subcontratación**

Dispone el nuevo apartado 1 del art. 16 del ET que «el contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa». Como se sabe, esto último es de esencia en las empresas multiservicios.

Se está ante un cambio que es fruto del nuevo y más amplio objeto que pasa a tener el contrato de fijo discontinuo, en el que se subsume el que con anterioridad constituía el objeto del contrato de obra o servicio determinado. Asimismo, no deja de guardar relación con el antiguo, persistente y generoso criterio jurisprudencial que admitió la licitud de la cobertura de las necesidades de mano de obra generadas por la celebración de contratos o subcontratos mediante el recurso a la indicada modalidad de contrato de trabajo de duración determinada, ahora desaparecida, y la vinculación de tal duración a la del encargo productivo asumido por la empresa colaboradora (contratista o subcontratista)<sup>23</sup>. Aplaudo el cambio, pues se corresponde con lo que tuve oportunidad de manifestar en otro momento y lugar<sup>24</sup>, al sugerir la conveniencia de una reforma del régimen laboral de la subcontratación comprensiva, bien de «la ampliación, con las oportunas adaptaciones, del empleo del contrato fijo de obra, existente en el sector de la construcción, a otros sectores en donde la subcontratación ya constituye, como en aquel, práctica habitual», bien de la modificación del contrato por tiempo indefinido de fijo-discontinuo (el del art. 16 del ET) «para que pueda funcionar como instrumento de incorporación de trabajadores para prestar sus servicios en sucesivas subcontrataciones o encargos que asuma su empresa»<sup>25</sup>.

El empleo de la contemplada modalidad de contrato de trabajo para cubrir las necesidades de mano de obra de las empresas subcontratistas o colaboradoras se encuentra sometida a varias reglas especiales, contenidas en el apartado 4 del propio art. 16. Tales reglas son las siguientes:

<sup>22</sup> Tanto la ordinaria como la prorrogada; en su caso, también la ultraactiva. Véase Gárate Castro, J.: *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral*, 3ª edic., Cinca (Madrid, 2021), págs. 86-87.

<sup>23</sup> Así, entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497), 24 de septiembre de 1998 (RJ 1998/ 8551), 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209), 20 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 1422), 22 de octubre de 2003 (RJ 2003/8390) y 6 de marzo y 3 de abril de 2007 (RJ 2007/3260 y 3351, respectivamente).

<sup>24</sup> Véase Gárate Castro, J.: «Descentralización productiva y Derecho del Trabajo», cit., pág. 47.

<sup>25</sup> Dicho sea de paso, también sugería, entre otras cosas, el reparar en si las empresas involucradas mantienen vínculos societarios (de grupo, filiales) que aconsejen reforzar la tutela de los trabajadores destinados a prestar sus servicios en cualesquiera actividades productivas que una de ellas pueda haber encargado o derivado a otra.

- 1) Los sucesivos períodos de inactividad inherentes a la intermitencia en la prestación de trabajo solo se justifican y admiten cuando respondan a «plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones».
- 2) Los convenios colectivos sectoriales podrán fijar un plazo máximo para el período de inactividad entre subcontratas y, por lo tanto, entre el final del llamamiento por término de la subcontrata en la que se viniesen prestando los servicios y la reanudación de tal prestación por nuevo llamamiento y subsiguiente incorporación a otra subcontrata, la cual entiendo que puede ser tanto una nueva que haya concertado la empresa como una todavía en vigor y cuya ejecución precise la incorporación de nuevos trabajadores. En caso de que los aludidos convenios colectivos omitan la determinación del plazo máximo de que se trata, este será de tres meses. La regla es supletoria, no de mínimos, por lo que nada obsta a la fijación convencional de un plazo superior.
- 3) Agotado el plazo convencional o legal al que se encuentre sometido el período de inactividad entre subcontratas, «la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma». En otros términos, procederá, con carácter general, la apertura del procedimiento de suspensión por causas de producción (art. 47 del ET) o, en su caso y según el número de trabajadores afectados, la apertura del procedimiento de despido colectivo (art. 51 del ET) o la extinción de contratos por causas objetivas [al amparo del art. 52.2.c) del ET].

#### **2.4. La ejecución de subcontrataciones en el sector de la construcción mediante trabajadores vinculados por contratos de trabajo indefinidos adscritos a obra**

La supresión de la modalidad de contrato de trabajo por obra o servicio determinado y, con ella, del contrato de trabajo fijo de obra propio del sector de la construcción<sup>26</sup>, es compensada, en este particular sector, con la posibilidad del empleo del contrato de trabajo «indefinido» adscrito a obra, que, en rigor, tiene tanto de indefinido como el suprimido contrato de duración determinada de fijo de obra, larga y masivamente utilizado hasta ahora. La calificación legal de indefinido atribuida a aquel servirá, sin duda, a efectos de presentar unas estadísticas de contratación que muestren un notable descenso de la de duración determinada, igual que sucede, por cierto, con la nueva regulación del contrato de fijos-discontinuos. Sin embargo, no oculta que se trata de un contrato indefinido *ma non troppo* o de indefinido solo formalmente, de modo que cabría considerar que se pretende evitar la apreciación de una sucesión de contratos temporales bajo la ficción legal de la celebración de un único contrato sometido a sucesivas novaciones objetivas; en suma, habrá que ver en qué medida la actuación legislativa resulta compatible con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada<sup>27</sup> y con la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2021, Acciona Agua (asunto C-550/19), resolviendo petición de decisión prejudicial construida en relación con el contrato de fijo de obra<sup>28</sup>. El predicado

<sup>26</sup> Véase disposición adicional tercera de la LSC y del ET; esta última ha de entenderse derogada en virtud de lo establecido por la disposición derogatoria.1 del Real Decreto-ley 32/2021. De acuerdo con la disposición transitoria tercera de igual Real Decreto-ley, la referida supresión no afecta a la vigencia de los contratos para obra y servicio determinado y de los contratos fijos de obra celebrados antes del 31 de diciembre de 2022, los cuales seguirán rigiéndose, hasta el agotamiento de su duración máxima, por la normativa bajo la que se hubiesen celebrado [el art. 15.1.a) del ET, en su versión inmediatamente anterior a la actual, y el art. 24 del VI convenio colectivo estatal de la construcción].

<sup>27</sup> Al que da aplicación la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

<sup>28</sup> Concluye el Tribunal, en la indicada sentencia, que «la normativa nacional no puede ser aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trata de un modo tal que la renovación de sucesivos contratos de duración



carácter de indefinido se acompaña de un singular régimen de extinción, más ventajoso para la empresa que el ordinario y que, a mi juicio, puede suscitar duda sobre su compatibilidad con la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos [con el párrafo último de su art. 1.1].

La regulación del contrato aquí examinado es proporcionada por la disposición adicional tercera de la LSC, en su nueva redacción dada por el art. 2 del Real Decreto-ley 32/2021. De acuerdo con el apartado 1 de dicha disposición adicional, se entiende por contratos de trabajo «indefinidos adscritos a obra» aquellos «que tengan por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del convenio general del sector de la construcción». Semejante definición se completa con reglas sobre la finalización de la obra en la que preste servicios el trabajador<sup>29</sup>, la obligación de la empresa de efectuar a este una propuesta de recolocación<sup>30</sup> y la posible extinción de su contrato por motivos inherentes a su persona relacionados con dicha propuesta<sup>31</sup>.

## 2.5. Las limitaciones al empleo de la contratación laboral de duración determinada

Aunque las empresas subcontratistas puedan continuar cubriendo sus necesidades de mano de obra recurriendo a contratos de duración determinada, semejante posibilidad experimenta fuertes restricciones, las cuales se concentran en el empleo del contrato de trabajo «por circunstancias de la producción». En concreto, el párrafo último del art. 15.2 del ET excluye de forma expresa el empleo de tal modalidad de contrato para satisfacer las necesidades de mano de obra motivadas directamente por la asunción de los encargos objeto de subcontrataciones cuando estas constituyan la actividad «habitual u ordinaria» de la empresa y, cabe añadir, resulten «previsibles», según precisa el art. 16.1 de igual texto legal. En tal caso y, probablemente, también en las subcontrataciones que merezcan la consideración de imprevisibles a pesar de formar parte de la actividad ordinaria de la empresa, las únicas necesidades de mano de obra que admiten su cobertura mediante la indicada modalidad de contrato son las ocasionadas por la atención a las circunstancias de la producción que identifica el mismo precepto, en sus párrafos primero y penúltimo, valiéndose de conceptos jurídicos indeterminados<sup>32</sup> y ajenas u opuestas al objeto del contrato de fijos-discontinuos. Por supuesto, concurriendo cualquiera de las aludidas circunstancias, no ofrece duda que las necesidades de mano de obra que afecten a empresas que no tengan

---

determinada “fijos de obra” se considere justificada por “razones objetivas”, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a)» del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, «meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide, en la práctica, al empleador de que se trate atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables».

<sup>29</sup> De acuerdo con el apartado 4 de la disposición adicional cit., se entenderá por tal finalización, además de «la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados» en la obra de que se trate, «la disminución real» de su volumen «por la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución debidamente acreditada», así como «la paralización, definitiva o temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad».

<sup>30</sup> Véanse apartados 2 y 4 de la disposición adicional cit.

<sup>31</sup> Apartado 5 de la disposición adicional cit.: «Una vez efectuada la propuesta de recolocación, el contrato indefinido adscrito a obra podrá extinguirse por motivos inherentes» al trabajador cuando: a) este rechace aquella; b) su cualificación no resulte «adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la misma provincia» o no permita su integración en ellas, «por existir un exceso de personas con la cualificación necesaria para desarrollar sus mismas funciones»; o c) no existan en la provincia en que esté contratado «obras de la empresa acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación».

<sup>32</sup> «Incremento ocasional e imprevisible de la actividad»; «oscilaciones» de esta, aun tratándose de la «normal» de la empresa, que generen un «desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere»; atención a «situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida».

por actividad ordinaria o habitual la intervención en el mercado de las subcontrataciones también podrán cubrirse mediante la celebración de contratos de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción.

Vistos los términos de los citados arts. 15.2 y 16.1, no me parece discutible que la precisión de cuándo la subcontratación precisa valerse de trabajadores fijos-discontinuos y cuándo consiente la celebración de contratos por circunstancias de la producción es de gran dificultad y, por ello, está llamada a constituir frecuente fuente de litigios y de discrepancias en la doctrina jurídica y también, al menos mientras no haya jurisprudencia y doctrina judicial consolidada sobre el asunto, con las interpretaciones que puedan mantenerse por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

## **2.6. Restricción del uso de la subcontratación durante la vigencia de medidas de regulación temporal de empleo**

La restricción de que se trata, dirigida a las empresas principales o comitentes, representa un cambio calificable de meramente aclaratorio o, incluso, no constitutivo, en la medida en que lo expresado resulta obvio y se corresponde con la naturaleza de las cosas. En este sentido, su bondad reside en su contribución a la seguridad jurídica, al zanjar posibles discusiones bizantinas, judiciales y doctrinales, sobre si cabe o no recurso a subcontrataciones, además de durante el período de aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, durante las reducciones de jornada o suspensiones de los contratos de trabajo derivadas de la activación de cualquiera de las dos modalidades del mecanismo RED. La letra d) del apartado 7 del art. 47 del ET, al que remite la letra a) del apartado 5 del art. 47 bis, se muestra contundente al respecto: «Dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán (...) establecerse nuevas externalizaciones de actividad», salvo que los trabajadores «en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo» en el que se pretendan efectuar tales externalizaciones «no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones» objeto de aquellas, «previa información al respecto por parte de la empresa» a la representación legal de los trabajadores.

La previsión legal se completa con la tipificación del incumplimiento de lo que dispone como infracción muy grave en materia de relaciones laborales. Procede a realizar esa tipificación el apartado 20 añadido al art. 8 de la LISOS por el art. 5.5 del Real Decreto-ley 32/2021.



# **CÓMO HA IMPACTADO LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LA REFORMA DE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL**

EDUARDO ROJO TORRECILLA

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

Universidad Autónoma de Barcelona (UAB)

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS MODIFICACIONES OPERADAS EN EL ART. 15 DE LA LET AL ACOGER LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE
3. APUNTES SOBRE LA RECIENTE, Y MÁS RELEVANTE, JURISPRUDENCIA DEL TJUE

## 1. INTRODUCCIÓN

No ha estado ajena, ni mucho menos, la extensa obra del profesor Santiago González Ortega, al que se brinda un merecido homenaje con esta publicación en la que tengo el honor de participar junto con un reconocido plantel de la comunidad jurídica iuslaboralista, al estudio y análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJUE), y de ello se da debida cuenta en la ordenación de su actividad investigadora<sup>1</sup>.

Por dicha razón, me ha parecido oportuno acercarme a una temática que ha alcanzado una dimensión muy importante en España en los últimos años, aun cuando curiosamente la norma europea que tendrá especial relevancia en la modificación operada en la normativa española, tanto la estrictamente laboral, la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET), como la preferentemente funcionarial pero también de aplicación en el ámbito laboral en la función pública, la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), data del ya lejano año 1999, en concreto la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante Directiva 1999/70).

La extensión limitada de este artículo me obliga a delimitar el ámbito de mi reflexión, y he considerado oportuno tomando como punto de referencia la, más que importante a mi parecer, reforma laboral operada en España por el Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre (en adelante RDL 32/2021)<sup>2</sup>, y, como ya he indicado, sin olvidar el impacto de la normativa comunitaria en el ámbito público, plasmado en la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante Ley 20/2021). Las modificaciones introducidas en la regulación de la contratación temporal en el renovado art. 15 de la LET, y la explicación, y justificación de las mismas llevada a cabo en la exposición de motivos, ponen claramente de manifiesto la importancia real de la jurisprudencia del TJUE en dicho ámbito contractual, obviamente unido de forma muy directa a la regulación de la contratación indefinida, y siendo necesario destacar que dicha jurisprudencia no se refiere únicamente a peticiones de decisiones prejudiciales elevadas al TJUE por Juzgados y tribunales laborales, y contenciosos-administrativos, españoles, si bien su número es particularmente significativo en los últimos años, sino también por otros juzgados y tribunales de los restantes Estados miembros de la Unión Europea (en adelante UE, que también han ayudado a cambiar la fisonomía de la contratación laboral en el sector

---

<sup>1</sup> Un repaso a dicha bibliografía en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=160789> incluye, en efecto, varias aportaciones de indudable interés: “El disfrute efectivo de las vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad. (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, DE 18 DE MARZO DE 2004, EN UN CASO DE COINCIDENCIA TEMPORAL ENTRE DESCANSO POR MATERNIDAD Y PERÍODO DE VACACIONES)” Revista Española de Derecho Europeo, (11), 419–440. “La aplicación en España de las Directivas comunitarias en materia de salud laboral”, Temas Laborales Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social núm. 27, 1993, págs. 3-19. “La discriminación por razón de edad”, Temas Laborales Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social núm. 57, 2011, págs. 93-124.”, La dimensión europea de la protección social de los grupos vulnerables, en Carlos R. Fernández Liesa y Fernando M. Mariño Menéndez (coordinadores): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MITN, 2001, págs. 449-490. Con referencias de indudable interés sobre la temática abordada en el presente artículo, vid. “Empleo irregular y Administración Laboral”, Temas Laborales Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social núm. 125, 2014, págs. 147-187.

<sup>2</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 2 de junio de 2022, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 2191-2022, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de Vox en el Congreso, contra el citado RDL 32/2021, por lo que habrá que prestar atención a la sentencia que en su día dicte el TC.

privado y del acceso a la función pública (ya sea en régimen funcionarial o laboral) en el ámbito público<sup>3</sup>.

Una acotación obligada no solo por la extensión asignada por la coordinación de esta obra colectiva, sino también porque ya hay muchas y destacadas aportaciones doctrinales sobre el impacto de la jurisprudencia del TJUE en materia de contratación temporal en España, además de algunas aportaciones propias en las que he prestado atención a la misma<sup>4</sup>.

En cualquier caso, sí me parece obligado señalar que un antes y un después en el debate, y en el impacto, de la jurisprudencia comunitaria en nuestra regulación se encuentra en las tres sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016, y muy en especial en la conocida como caso Ana de Diego Porras 1” (asunto C-596/14)<sup>5</sup>.

En efecto, en esa fecha, el TJUE dictó tres sentencias relativas a conflictos jurídicos sobre la extinción de las relaciones de trabajo en el empleo público, que, como se indica en el título, cambiarían, al menos a mi parecer y casi me atrevo a afirmar que de la gran mayoría de quienes conocen aquel, la regulación de la extinción de las relaciones de trabajo en la función pública para el personal no fijo o que no tenga la condición de funcionario de carrera.

Es cierto, conviene recordarlo, que con anterioridad el TJUE ya había dictado varias sentencias y autos de indudable interés, y afectación, a las relaciones de trabajo del personal contratado temporal o con nombramiento funcionarial interino, que versaban sobre la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación entre personas que prestan sus servicios en virtud de una relación jurídica de duración determinada y aquellas que tienen una relación contractual indefinida, al dar respuesta a distintas cuestiones prejudiciales planteadas por juzgados y tribunales de los Estados miembros sobre la interpretación de la cláusula 4.1 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE. Las sentencias y autos

<sup>3</sup> Como se ha destacado, acertadamente a mi parecer, y refiriéndose al RDL 32/2021, el bloque temático de la lucha contra la precariedad y la reforma del sistema de contratación, “constituye la parte mas relevante de la reforma en volumen”, a la par que se ha enfatizado que la norma “utiliza nuevos lenguajes, establece nuevos paradigmas y aspira a abrir el camino a una nueva forma de entender las relaciones laborales en la empresa, más consecvente con una económica de calidad capaz de competir en un contexto globalizado”. Ballester Pastor, María Amparo. “*La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*”, MTES, 2022, págs. 15-16.

<sup>4</sup> Justamente, las XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en 2018 en Jaén y coordinadas por el profesor Cristóbal Molina Navarrete, estuvieron dedicadas a “*Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”, y contó con la ponencia del profesor Antonio Álvarez del Cubillo “El impacto de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento español en materia de contratación laboral: cuestiones no resueltas”. Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Monográfico núm. 61, 2019, págs. 31-62. Por mi parte, abordé la temática en “*Extinción de la relación de trabajo en el empleo público interino. El impacto de la jurisprudencia del TJUE (2016-2020)*”, CEMICAL, 2020, 152 págs., y también en “El sistema de contratación laboral”, en AA. VV. “*El Estatuto de los trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. MTES, 2020, págs. 203-245.

<sup>5</sup> La relevancia de la sentencia no pasó en absoluto desapercibida para la doctrina laboralista, poniendo de manifiesto que se abría un debate de interpretación jurídica, en palabras del profesor Jesús Cruz Villalón, de “notable envergadura”, citando todas estas cuestiones: “el alcance vinculante y aplicativo en esta materia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), el efecto tanto horizontal como directo de las Directivas de la UE en materia laboral respecto del empleador privado, la exigencia de responsabilidad a los poderes públicos por la falta de correcta adaptación de las Directivas al ordenamiento interno, el alcance de la prohibición de discriminación en esta materia identificando si la prohibición de diferencias entre temporales e indefinidos se encuentran incluida dentro de la tutela de la CDFUE o sólo en la Directiva, la identidad o disparidad de naturaleza entre la extinción contractual vía la denuncia de un contrato temporal y la resolución contractual por vía del despido, la extensión al resto de la contratación temporal causal, las modalidades contractuales excluidas del mandato de igualdad de trato por razones de fomento de empleo o política social, la posible afectación a las empresas de trabajo temporal, la necesidad de que la igualdad se produzca al alza o también podría verificarse a la baja, el plazo de prescripción hábil para interponer las demandas de reclamación de deudas indemnizatorias, la extensión de la igualdad de trato a los aspectos de procedimiento (puesta a disposición previa de la indemnización, obligación de respetar el preaviso en la denuncia, información previa a los representantes de los trabajadores), etc.” “El impacto de la jurisprudencia europea sobre la contratación temporal”, *IusLabor* 1/2017.

del TJUE versaban, y siguen versando, sobre condiciones de trabajo durante la prestación de servicios y ponían el acento en la necesidad de prestar especial atención al respeto del principio de no discriminación por razón de la duración de la relación de servicios, ya que lo importante es el contenido de la prestación, de tal manera que la diferencia de trato solo estaría justificada cuando existiera una razón objetiva debidamente acreditada.

¿Qué tesis contenían con carácter general, dichas sentencias? Que la normativa española sobre extinción de los contratos o nombramientos de personal interino, no era conforme con la citada Directiva. Que no podía tratarse de diferente (= peor) condición a estos trabajadores en el momento de extinción de su contrato que a los trabajadores indefinidos con los que se puedan comparar. Que el nombramiento de interinos podía estar justificado, pero que dejaba de ser tal cuando se acumulaban nombramientos durante varios años, y que las plazas que ocupaban dichas personas deberían salir a concurso público para su adecuada provisión, y mientras tanto que no podía extinguirse la relación de forma unilateral por decisión del empleador.

¿Se referían las sentencias del TJUE a los restantes trabajadores temporales, por ejemplo los contratados para obra o servicio, o por necesidades de la producción? Concretamente no trataban sobre su situación, porque la normativa europea no regula la posible discriminación entre trabajadores temporales según su modalidad contractual, sino sólo entre trabajadores temporales e indefinidos comparables. Pero, una vez hecha esta afirmación jurídica, no cabe duda de que sí tenían un impacto indudable sobre todas las relaciones de trabajo de duración determinada, abriendo el camino para una necesaria reforma de la normativa laboral que protegiera adecuadamente a todos ellos.

¿Era necesario esperar al tirón de orejas del TJUE para reconocer que la normativa española necesitaba revisión? No, porque ya hacía más de un año, el 26 de marzo de 2015, la Comisión Europea había enviado una “carta de emplazamiento” al gobierno español por infracción de la normativa comunitaria, en concreto sobre la aplicación de la cláusula 4 del acuerdo marco y la discriminación operada en la regulación de las condiciones de trabajo entre el personal fijo o indefinido comparable y “los funcionarios con contrato de duración determinada o interinos en el sector público español”. Además, ¿quién podía sorprenderse del tirón de orejas cuando los casos que habían llegado al TJUE en las tres sentencias se referían a personal estatutario, funcionarios interinos, o contratados laboral por contrato de interinidad, que venían prestando sus servicios en “interinidad permanente” desde hacía bastantes años?

## **2. LAS MODIFICACIONES OPERADAS EN EL ART. 15 DE LA LET AL ACOGER LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

Se trata ahora de comprobar de qué forma y manera ha sido incorporada a la LET y al EBEP por las reformas llevadas a cabo por el RDL 32/2021.

El cambio ha tenido especial impacto en la reforma laboral, para modificar la normativa anterior, siendo el cambio más relevante la derogación del contrato para obra o servicio, si bien en el concreto ámbito sectorial de la construcción los cambios operados en el anterior contrato fijo de obra son ciertamente también muy reseñables. También, ha contribuido, al menos de momento a mantener la regulación ya vigente con anterioridad, y es obvio que me estoy refiriendo a la regulación diferencia de la indemnización por finalización de contrato para el celebrado para sustituir a una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo.

En su Exposición de Motivos se efectúa la obligada referencia al Componente 23 del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia, dedicado a “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, en el que ya se planteaba que iba a generalizarse el contrato indefinido, reforzarse la causalidad en la contratación temporal y fortalecer los contenidos formativos en las modalidades contractuales de formación y en prácticas.

La incorporación de la jurisprudencia comunitaria, que además se había dictado poco antes, y en pleno proceso negociador en la mesa del diálogo social, queda plasmada en dicha exposición, sin que obviamente se olvide la norma de efectuar una amplia referencia a la Directiva 1999/70/CE.

Así, se expone que las reformas introducidas suponen la modernización y simplificación de las modalidades de contratación “que permitan superar la segmentación injustificada del mercado de trabajo, así como las tasas de temporalidad, en especial las asociadas con personas jóvenes, respondiendo de manera plena y efectiva a las exigencias 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, mejorando la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y estableciendo un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”.

Entre tales modificaciones, el art. 15 de la LET precisará “las causas que justifican el recurso a la contratación de duración determinada y nuevas reglas sobre concatenación de contratos, también referidas a la cobertura de un puesto de trabajo”, desapareciendo del marco normativo, si bien los contratos efectuados con anterioridad siguen vigentes en los términos que prevén las disposiciones transitorias, “la posibilidad de celebrar contratos para obra o servicio determinado, modalidad contractual fuertemente cuestionada por las jurisprudencias interna y comunitaria (STS1137/2020, de 29 de diciembre de 2020 y STJUE de 24 de junio de 2021 –C 550/19–)”.

### **3. APUNTES SOBRE LA RECIENTE, Y MÁS RELEVANTE, JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

#### **3.1. El giro del TJUE y su acogimiento por el TS en marzo de 2019. Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto 619/17)**

La sentencia da respuesta a las tres cuestiones planteadas, con muy amplias referencias a la sentencia dictada el 5 de junio en el caso LMM (C-677/16) y también a las dictadas el 14 de septiembre de 2016 en los asuntos C-184/15 y C-197/15). Hay una sola referencia a la dictada el 5 de junio en el asunto Grupo Norte Facility (C-574/16) y, salvo error u omisión por mi parte, no hay en la fundamentación jurídica de la sentencia ninguna referencia a la primera sentencia en el caso ADP, dictada el 14 de septiembre de 2016 por la Sala décima (C-596/14), y que fue en gran medida el detonante del conflicto jurídico que llevó a la nueva resolución judicial.

Para el TJUE, apartado 73, “la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores



fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”. Por decirlo de forma más clara, se pasó de los 20 días reconocidos en una extinción de un contrato de interinidad en ADP (I) a los 0 días en la de ADP (II).

El punto nuclear de la sentencia, radicalmente distinto en el planteamiento con respecto a la de 14 de septiembre de 216, es que se acepta plenamente la tesis del auto y del gobierno español, por considerar que la finalización del contrato de ADP “se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores”. El impacto de la sentencia LMM es claramente perceptible ahora para diferenciar la extinción ordinaria de un contrato temporal de interinidad y la extinción de un contrato indefinido por causas objetivas, con indemnizaciones pues distintas, que serían las mismas si la contratación de duración determinada se extinguiera antes de su finalización prevista si se frustrara, por algún motivo no justificado, la expectativa de permanencia del trabajador temporal hasta que finalizara la fecha prevista de vencimiento o bien finalizara la obra o servicio, o bien se reincorporara la persona sustituida o se amortizara el puesto de trabajo.

Se trató de una sentencia, tal como expuse en mis valoraciones al respecto que parecía continuar la línea de menor protección de los trabajadores interinos, pero que no cerraba la puerta a que las soluciones alternativas que buscaran los tribunales nacionales para prevenir o evitar abusos, aunque no sólo en esta modalidad contractual, que pasaran por un reforzamiento de las cuantías indemnizatorias o de una mayor estabilidad en el empleo. Tesis que, al menos, por lo que respecta al personal interino no prosperó, ya que la sentencia del TS de 13 de marzo de 2019 (Rec. 3970/2016), con voto particular discrepante de dos magistrados, acogió la jurisprudencia del TJUE y dejó fuera de la indemnización por extinción de contrato al personal interino.

¿Y cuáles fueron los argumentos del TS para justificar la diferencia? Su interpretación de que la norma legal “obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo”, añadiendo, a mayor abundamiento de la tesis anterior, que “además, dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a, interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE). Nada de ello no concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET”, para cerrar que “Por último, el estímulo que para la empresa pudiera suponer el ahorro de la indemnización de 12 días mediante la prórroga del contrato temporal o a la conversión en fijo, no tiene aquí sentido puesto que el empleo permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse”.

### **3.2. Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, caso IMIDRA**

El fallo de la sentencia es el siguiente:

“1) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse “en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a «trabajadores indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En efecto, esta

normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”.

- 2) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse “en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”.

Cabe decir que la sentencia sigue en la misma línea crítica que otras dictadas con anterioridad por el TJUE sobre la no adecuación de la normativa española a la comunitaria en algunos ámbitos de la contratación de duración determinada. Si acaso, lo más importante es que parece apostar, en el sector público, por la conversión en trabajadores indefinidos no fijos cuando la contratación temporal sea, o haya devenido, irregular. También es importante destacar que reitera que las consideraciones de carácter presupuestario no pueden ser un obstáculo para la aplicación efectiva de la norma respecto a la evitación del uso abusivo de la contratación temporal. El TJUE deja a los Estados miembros que decidan las medidas concretas a aplicar en caso de incumplimiento de la normativa. No prevé expresamente la conversión en contratos fijos o conversión de funcionario interino a funcionarios asimilable de carrera, ya que ello será una decisión, en su caso, del Estado, algo que en España no ha ocurrido. Sí plantea que la indemnización, en su caso, ha de ser efectiva, disuasoria y proporcionada al perjuicio causado. Lo importante es la reforma del art. 10 (funcionarios interinos) del EBEP y reforzar la causalidad de los contratos y nombramientos. Y también, explorar al máximo las posibilidades que la normativa permite para la estabilización del personal temporal, siempre teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

### *3.2.1. Cambio de jurisprudencia del TS. Sentencia de 28 de junio de 2021 (Rec. 3263/2019)*

La resolución del TJUE provocó el cambio de la jurisprudencia del TS en la sentencia dictada por el Pleno el 28 de junio y a la que han seguido muchas más en idéntico sentido.

Estamos pues en presencia de una sentencia que afecta al personal interino laboral que presta servicios en el sector público. Es importante retener este dato, ya que, al margen de las decisiones que adoptara la Sala Contencioso-Administrativa del TS, no entra en el campo de aplicación de la resolución judicial el personal con nombramiento de funcionario interino temporal, cuyos litigios se sustancian en la vía contencioso-administrativa, y aun cuando el TJUE entiende aplicable el Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70 sobre contratación de duración determinada tanto al sector público como al privado, y dentro del primero tanto al personal laboral como al funcional interino.

El eje central de la sentencia es, doctrinalmente hablando, el fundamento de derecho quinto, en el que la Sala irá adecuando su jurisprudencia anterior a la del TJUE, si bien creo que seguirá habiendo un intenso debate sobre qué medidas son las adecuadas, para dar cumplimiento a la cláusula 5.1 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, ya que la aceptación de la conversión del contrato temporal de interinidad por vacante en indefinido no fijo si se supera el plazo en el que debe ejecutarse la OEP no parece dar respuesta a la tesis del TJUE de considerarlo un mecanismo poco apropiado para evitar la utilización abusiva de la contratación temporal ya que el puesto de trabajo puede desaparecer por amortización o bien ser sacada la plaza a concurso y ganarla otra u otro concursante, con lo

que finalmente (tal como ocurrió en el caso ahora analizado) la persona trabajadora interina verá extinguido su contrato de trabajo.

La aceptación o incorporación de la tesis del TJUE por parte del TS, le llevará a una consideración que creo que no es solo jurídica, aunque evidentemente si lo sea en su mayor parte, y que a no dudar puede generar, si cabe, un mayor debate, ya que se mezclan diversas ramas del ordenamiento jurídico, por una parte, y las percepciones e intereses de la persona trabajadora interina por otra. No creo que de otra forma puede entenderse la afirmación de que la interpretación del contrato de interinidad "... debe tener en cuenta, además de los aspectos técnico jurídicos, la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante".

Pues bien, aun cuando el contrato se haya formalizado correctamente, cumpliendo todos los requisitos formales y sustantivos regulados en la normativa vigente, circunstancias posteriores pueden llevar a que se produzcan consecuencias "indeseables" que abocarían a una "persistencia innecesaria en situación de temporalidad". ¿Y cómo podría darse tal situación? La Sala identifica las siguientes: que la duración del contrato sea "excesivamente larga" (se acepta, en principio, que ello ocurrirá cuando se superen los tres años fijados en el art. 70.1 EBEP) por la "falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza", o bien que los trámites administrativos para la cobertura de la plaza "se dilaten en el tiempo de manera innecesaria". Obsérvese, pues, que se pone el acento en la actuación de los poderes públicos responsables de las convocatorias de las OEP para las plazas existentes y que están ocupadas por personal interino con contrato de interinidad por vacante, lo que llevará, lo veremos inmediatamente, a nuevas reflexiones, y modificación jurisprudencial, de la Sala sobre su doctrina de la validez de las restricciones presupuestarias habidas durante varios años y que quedaron plasmadas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

De la sentencia del TS examino la "reflexión", que acaba siendo otra vez modificación de su jurisprudencia anterior, sobre las normas presupuestarias que paralizaron desde 2008 la convocatoria de OEP y que llevaron en la práctica a un incremento importante de la duración de los contratos de interinidad por vacante como lo acreditan numerosos casos que han llegado a los tribunales (en el ahora analizado, la duración es realmente larga, ocho años, pero menos que casos en los que se han dado situaciones de doce, quince, e incluso más años de antigüedad en la prestación de servicios desde el inicial, y mantenido, contrato de interinidad por vacante). La reflexión como digo se transforma en modificación de la tesis anterior en la que se utilizaba el derecho originario de la UE para entender justificada tal detención, que ahora desaparece tanto por la manifestación expresa en contrario de la sentencia del TJUE de 3 de junio como por el dato ya existente con anterioridad, del no incremento del gasto público dado que la plaza que debía salir a concurso ya estaba ocupada interinamente y por tanto "provocaba(n) el mismo gasto que si hubiera(n) estado cubiertas de forma definitiva". Siendo ello cierto, no lo es menos que la posible aceptación de una indemnización equivalente a la de la extinción por causas objetivas prevista en el art. 53 de la LET sí podía significar un incremento. Pero esta divagación propia carece ya de sentido cuando el TS acoge la tesis del TJUE de no validez de razones puramente económicas para justificar las decisiones de mantenimiento de contratos de interinidad de duración, por ello, injustificadamente larga, y de ahí que afirme, en este punto con toda claridad a mi parecer y sin que plantee problemas interpretativos la tesis, que "Desaparece de esta forma la razón por la que nuestra anterior doctrina entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las leyes presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos, lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo".

En suma, será la responsabilidad del sujeto empleador la que llevará en su caso a que un contrato temporal de interinidad por vacante que fue correctamente formalizado, tanto en cuestiones formales como sustantivas, devenga en contrato indefinido no fijo cuando la persona trabajadora haya prestado sus servicios en el mismo puesto de trabajo, de manera ininterrumpida y desempeñando las mismas funciones, “durante un periodo inusual e injustificadamente largo”. Por consiguiente, la convocatoria de los procesos selectivos será el eje central alrededor del que girará la hipótesis de una contratación temporal inicialmente conforme a derecho que puede acabar convirtiéndose en una contratación indefinida no fija, de tal manera que si no se cumple la normativa aplicable la actuación empresarial deberá ser calificada de “fraudulenta” con los efectos ya mencionados respecto a la novación contractual.

*3.2.2. Fijeza para personal laboral temporal en situación abusiva que concursó anteriormente para ocupar una plaza fija. Notas a la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2021, caso AENA (Rec. 668/2019)*

¿Cómo aplica la Sala su consolidada jurisprudencia al caso ahora enjuiciado? Es aquí donde se encuentra el contenido más relevante, y con novedad, con respecto a otras resoluciones anteriores, si bien hay que decir que tras dicha novedad la Sala se encargará inmediatamente de acotarla y recordar que su jurisprudencia sobre la figura del trabajador indefinido no fijo, y no la del fijo (sin aditivos) sigue plenamente vigente si no concurren circunstancias como las que se dan en el presente caso.

Y es entonces cuando, partiendo de esta premisa, el TS entra a resolver el RCUD y examina también la alegación de la parte recurrida de haber superado unos procesos de selección para acceder a un régimen de fijeza en la contratación, tal como he expuesto con anterioridad. Dado que la sentencia recurrida no entró a valorar esta circunstancia, sí lo hace el TS justamente porque así se plantea en el escrito de impugnación al RCUD, en el que se solicitaba que se mantuviera la condición de trabajadora fija declarada en la sentencia del JS y confirmada por el TSJ, ya que la actora “había participado en convocatorias de acceso al empleo fijo, superando el proceso selectivo sin plaza, tal y como reflejan los hechos probados, activándose el mandato del art. 25 del Convenio Colectivo”.

Recuerda a continuación la Sala, con transcripción de los textos, los arts. 25 y 28 del convenio colectivo aplicable, que regulan la bolsa de candidatos en reserva y la contratación fija y temporal respectivamente, así como también la disposición transitoria novena. Más adelante, recuerda igualmente aquello que consta en hechos probados, es decir que la trabajadora participó en una convocatoria externa de plazas fijas en 2006, que superó el proceso selectivo y que no obtuvo plaza, por lo que quedó inscrito en la bolsa de reserva.

Justamente es la participación en esa convocatoria de plazas fijas la que supondrá una respuesta de la Sala distinta, que no contraría como inmediatamente se matizará, a su consolidada jurisprudencia sobre la existencia de una relación contractual indefinida no fija cuando la contratación temporal ha devenido en fraudulenta, ya que planteada la cuestión en estos términos es claro que la trabajadora pasó “por un proceso de selección, acorde con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que fue superado, aunque sin obtener plaza”.

Por ello, y en atención, siempre partiendo de los hechos probados en instancia, que ese proceso al acceso a plaza de la categoría profesional y nivel profesional era el mismo que venía ostentando desde su primera contratación, la Sala concluye que “puede decirse que la demandante ha adquirido la condición de fija en la demandada ya que la figura del indefinido no fijo, como se ha dicho por esta Sala, persigue salvaguardar los principios

que deben observarse en el acceso al empleo público a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando, al margen de aquellos principios”. Como en el presente caso, se insiste por la Sala, estos principios se habían respetado, al haber participado la trabajadora “en una convocatoria externa para cobertura de plazas fijas, de manera que ha sido debidamente valorada, superando el proceso selectivo”, no es relevante, aunque auguro que habrá ahora un buen debate jurídico sobre la situación de los “aprobados sin plaza” en todas las Administraciones y entidades del sector público, que la trabajadora no obtuviera la plaza, ya que se dio cumplimiento a las “exigencias constitucionales” para el acceso estable a la función pública.

### **3.3. Límites a la utilización del contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción. Sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19)**

Se trata de la resolución judicial que ha motivado la reforma introducida en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, por el art. 2 del RDL 32/2021, creando la figura del contrato indefinidos adscrito a obra, conceptualizado como “aquel que tenga por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción”.

Que el litigio haya sido juzgado sin conclusiones pone de manifiesto que la Sala reiterará en gran medida la jurisprudencia plasmada en sentencias anteriores, tanto sobre la interpretación del Acuerdo Marco como de la Directiva, y en efecto ello se comprueba tras una atenta y detallada lectura de la misma, en la que hay numerosas referencias a otras sentencias anteriores en las que también se plantearon cuestiones prejudiciales por Juzgados españoles. Dicho sea incidentalmente, ha sido la Sala séptima la que ha conocido de los últimos litigios sobre la interpretación del Acuerdo Marco, y como hay más de un caso en los que ha estado o está en juego la normativa española me atrevo a decir, permítanme la expresión, que ha debido hacer un “máster a toda velocidad” de conocimiento de nuestra normativa en materia de contratación de duración determinada, tanto en el sector público como en el privado, y en este caso concreto ahora analizado tanto de la normativa legal general (Ley del Estatuto de los trabajadores) como de la sectorial referida concretamente al sector de la construcción y su contrato fijo de obra.

¿Será suficiente la indemnización fijada a la finalización de cada contrato fijo de obra para prevenir los abusos en los términos que estipula la cláusula 5, tesis sostenida por las empresas demandadas? La Sala deja en manos del órgano jurisdiccional nacional remitente la respuesta, si bien me parece que será negativa a partir de la propia jurisprudencia del TJUE en casos anteriores en los que se ha resuelto que la indemnización debe ser suficientemente “efectiva y disuasoria” para la garantizar la efectividad de la cláusula”.

Tras recordar que la citada cláusula “no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional”, y la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar una interpretación conforme de la normativa nacional a la comunitaria, deja en manos del órgano jurisdiccional remitente que decida si es posible tal interpretación de la normativa sectorial, y por tanto determinar si un trabajador que ha formalizado dos o más contratos de fijo de obra y superando la duración de tres años, adquiere la condición de indefinido, tomando en consideración la jurisprudencia del TS sobre la conversión en indefinidos de tales contratos cuando superan tal duración. El fallo del TJUE, es el siguiente:

“... procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, de conformidad con el conjunto de normas del Derecho nacional aplicables, si la limitación a tres años consecutivos, salvo que concurran determinadas condiciones, del empleo de los trabajadores de duración determinada ocupados con contratos «fijos de obra» por una misma empresa en distintos centros de trabajo dentro de la misma provincia y la concesión a estos trabajadores de una indemnización por cese —en el caso de que dicho órgano jurisdiccional constate que efectivamente se adoptan estas medidas con respecto a dichos trabajadores— constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada o «medidas legales equivalentes», en el sentido de la referida cláusula 5, apartado 1. En cualquier caso, tal normativa nacional no puede ser aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trata de un modo tal que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra» se considere justificada por «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho Acuerdo Marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide, en la práctica, al empleador de que se trate atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables”.



**EXTERNALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN LABORAL:  
NUEVOS PERFILES DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

Universitat de València

SUMARIO:

1. CONTRATACIÓN FIJA-DISCONTINUA Y EXTERNALIZACIÓN: ASPECTOS GENERALES
2. CONTRATACIÓN FIJA-DISCONTINUA EN LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS O SERVICIOS
3. ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO: EL PERÍODO DE INACTIVIDAD Y LAS RELACIONES CON LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL
4. EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL
5. REFLEXIONES FINALES
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA



## 1. CONTRATACIÓN FIJA-DISCONTINUA Y EXTERNALIZACIÓN: ASPECTOS GENERALES

Aunque la reforma laboral de 2021 no haya abordado tantos temas como inicialmente se pretendió, las modificaciones que ha introducido en la contratación laboral son intensas; y, dentro de ellas, la nueva regulación del trabajo fijo-discontinuo es seguramente la estrella. Desde los primeros análisis se ha pronosticado un notable e inmediato éxito estadístico de esta modalidad contractual como consecuencia de su rediseño; y, como veremos, los datos que vamos conociendo así lo confirman. La explicación es sencilla: la transformación de su fisonomía la ha convertido en una “válvula de escape” para compensar la flexibilidad perdida por la reforma de la contratación temporal (Goerlich, 2022.a], 59); se cierra la “puerta” de la temporalidad, pero se abre la “ventana” de la contratación fija-discontinua (Vicente-Palacio, 2022, 88).

En gran medida ello se relaciona con la introducción de dos nuevos supuestos de la modalidad que se vinculan con la externalización: de un lado, el segundo párrafo del art. 16.1 ET permite utilizarla “para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”; de otro, en el párrafo siguiente se permite la suscripción de este tipo de contratos “entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida, en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”. Son probablemente las principales novedades que se introducen en relación con la delimitación de la modalidad contractual. En rigor, los restantes supuestos de contratación fija discontinua, con independencia de que estuvieran o no contemplados expresamente o de su ubicación en el Estatuto, eran ya posibles al amparo de la legislación anterior: el criterio diferencial que se utilizaba en la literalidad normativa anterior –la fecha cierta o incierta– permitía en este sentido la utilización del contrato más allá de los tradicionales trabajos de temporada o no. Por eso, he sugerido que los dos nuevos supuestos podrían tener carácter “constitutivo” en relación con la tradición normativa (Goerlich, 2022.a], 64), idea que ha tenido cierto éxito entre los comentaristas posteriores (de la Puebla, 2022, 13; López/Ramos, 2022, 118).

En efecto, en la nueva redacción del art. 16.1 ET el contrato fijo discontinuo puede ser utilizado para fines anteriormente inéditos. Por lo que se refiere, en primer lugar, a su relación con la contratación y subcontratación de obras y servicios, la innovación se relaciona, por supuesto, con la desaparición del contrato temporal de obra o servicio determinado por acción de la STS 1137/2020, de 29 diciembre, y por la eliminación de toda referencia a esta figura tras el RDL 32/2021, cuyo preámbulo afirma expresamente que “desaparece la posibilidad de celebrar contratos para obra o servicio determinado”. Es un lugar común entre los comentaristas (Nogueira, 2022; Vicente-Palacio, 2022, 88 ss.; de la Puebla, 2022, 13; López/Ramos, 2022, 119). Desde este punto de vista, en el equilibrio alcanzado en la mesa del diálogo social, abre una nueva vía contractual a quienes se habían convertido en sus principales usuarias, las empresas contratistas y subcontratistas.

Este mismo carácter constitutivo tiene, en segundo lugar, la posibilidad de utilizar la contratación fija discontinua por las empresas de trabajo temporal. En efecto, en una de las correcciones que el RDL 32/2021 contiene a la interpretación jurisprudencial de las reglas anteriores, el nuevo 16.1 ET, en su tercer párrafo, admite la posibilidad de que las ETT formalicen contratos de este carácter para la posterior cesión de las personas contratadas a las empresas usuarias. La STS 728/2020, de 30 julio, dictada en Sala General, excluyó la

posibilidad de que las ETT hicieran este tipo de contratos; y ahora el legislador lo admite bien que reenvía esta posibilidad a las previsiones del art. 10.3 LETT.

## 2. CONTRATACIÓN FIJA-DISCONTINUA EN LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS O SERVICIOS

Por lo que se refiere al primero de los supuestos, resulta necesario ante todo delimitarlo, para conocer las condiciones de legitimidad del recurso a la contratación fija discontinua y de deslindarlo de otras modalidades que podrían ser utilizadas para afrontar este tipo de necesidades de personal. A estos efectos, hay que partir de, según el segundo párrafo del nuevo art. 16.1. ET, el contrato “podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”.

Al referirse a “contratos mercantiles o administrativas” el precepto pretende delimitar el tipo de encargos que permiten recurrir a este tipo de contrato fijo discontinuo. Pero sabemos que la noción de contrata es bastante fluida, tanto en el ámbito privado como en el público. En el primero, acaso sea posible incluir cualesquiera acuerdos de colaboración entre empresarios. En el segundo, seguramente debemos recurrir a los diferentes tipos contractuales existentes en la normativa sobre contratación en el sector público. Adicionalmente, en este último terreno, acaso habría que replantearse el tratamiento de las subvenciones públicas para el desarrollo de proyectos, que para muchas entidades pueden tener un carácter recurrente similar al que se predica de las contrata. En contra de la aceptación de este último supuesto, cabría argumentar el cierre de la posibilidad de utilizar el contrato temporal de obra o servicio determinado en estos casos, por acción de la jurisprudencia (cfr. STS 10 noviembre 2009, rec. 313/2009, con cita de otros pronunciamientos) y de la propia normativa (cfr. adición del art. 52.e] ET por RDL 5/2001, de 2 de marzo). No parece, sin embargo, que esta sola norma pueda justificar automáticamente una respuesta negativa a la cuestión: después de todo, la pérdida de la financiación asume la misma relevancia extintiva que corresponde a la de la contrata según la interpretación consolidada y ello no ha impedido abrir la contratación fija discontinua para las empresas contratistas. Por eso, quizá en ciertos casos de financiación externa para el desarrollo de concretos proyectos de carácter recurrente, cabría admitir el recurso a este tipo de contrato con base en el art. 16.1.II ET –o, en todo caso, con amparo en las reglas generales de determinación de los fijos discontinuos–.

Sea cual sea la solución final a esta primera cuestión, es preciso observar que la previsión del art. 16.1.II ET se separa de lo que ha sido la tradición en materia de contratación fija discontinua (o periódica). En efecto, en muchas de las actividades en las que se va a usar esta modalidad no será fácil encontrar el carácter “intermitente” que se ha considerado propio de este tipo prestaciones, y que aún se encuentra en el primer párrafo del art. 16.1 ET. Por eso, el art. 16.1.II ET no usa este adjetivo sino otro bien distinto, “previsible”. De este modo, lo decisivo es que la ejecución de las contrata se enmarque en “la actividad ordinaria de la empresa” pues es entonces cuando aquellas resultan previsibles en el sentido que asigna el Diccionario a este término: “que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales”.

La referencia a “la actividad ordinaria de la empresa” permite excluir del contrato fijo discontinuo la atención de encargos extraordinarios, que deberán atenderse, si es posible, mediante las figuras temporales establecidas en el art. 15.2 ET; y, si no lo es, a través de

contratos indefinidos ordinarios. La posibilidad de utilizar el contrato por circunstancias de la producción ante este tipo de encargos se desprende del último párrafo del precepto: al excluir solo que pueda ser “causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa”, esta admitiéndolo en otro caso (Ballester, 2022, 93). Tampoco parece existir problema, por otro lado, en admitir que sea posible recurrir a la contratación temporal en los casos en que aparezcan causas de producción específicas conforme al art. 15.2 ET durante la ejecución de una contrata de la actividad habitual de la empresa (de la Puebla, 2022, 16; Gorelli, 2022, 228; Carrizosa, 2022, 55).

No se establece una caracterización de las contrata que posibilitan el acceso al contrato fijo discontinuo desde la perspectiva de su duración. En muchas actividades, las contrata que justificaban la contratación de obra o servicio determinado tenían cierta duración. Y seguramente el legislador tiene ese modelo en la cabeza habida cuenta la regulación del plazo de espera de recolocación al que me referiré a continuación. Sin embargo, es posible concebir supuestos de microsubcontratación en los que también sería utilizable la contratación fija discontinua. Esto puede ocurrir en algunos sectores tradicionales en los que encargos de servicios tienen una duración limitada –por ejemplo, en el ámbito de la estiba portuario–; pero también podría ser relevante en otros de nuevo cuño. Mi impresión es, en este sentido, que podría utilizarse en el marco del trabajo en plataformas como sucedáneo del todavía inexistente trabajo a llamada, a condición de que los encargos sean imputables a empresas y no a consumidores finales y puedan, por tanto, ser reconducidos a la noción de contrata.

En el otro extremo, el de las contrata o concesiones de larga duración, se ha suscitado alguna duda respecto a la admisibilidad de contratos fijos discontinuos que posibilitan la prestación durante todos los días del año: con base en la jurisprudencia que ha excluido esta posibilidad (entre otras, STS 951/2020, 28 octubre), se ha sugerido que acaso para la cobertura de este tipo de contrata es necesario recurrir a la contratación indefinida ordinaria (Vicente-Palacio, 89). Sin embargo, como hemos visto, el contrato fijo discontinuo para la atención de contrata se separa de la tradición normativa e interpretativa anterior y, por ello, creo que no requiere período de inactividad dentro de cada año. Los únicos que se admiten, conforme veremos en seguida, son los que se producen “como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones” (art. 16.4 ET). No existe, pues, limitación al tiempo de prestación para cada contrata sobre base anual, como ocurre con los fijos discontinuos tradicionales. El “elemento determinante” que justifica el uso del contrato “es, precisamente, la existencia de una contrata mercantil o administrativa, pues, en este caso, la intermitencia viene dada por el término de cada una de ellas” (Beltran de Heredia, 2022, § 1.1.c). Otra cosa es, por supuesto, que no sea obligatorio para la empresa el recurso a la contratación fija discontinua, ni en este caso ni en ningún otro: el art. 16.1.II ET utiliza un “podrá” que ha de conducir necesariamente a la conclusión de que “es libre la opción” entre aquella y la ordinaria (Ballester, 2022, 93).

En otro orden de cosas, el hecho de que la representación mental del legislador se basa en contrata o concesiones de cierta duración en las que se presta servicios todos los días puede plantear problemas cuando aquellas tengan configuración discontinua, bien porque la empresa principal atiende con ellas necesidades estacionales bien porque las programa con intensidad variable a lo largo de su duración: prestadas de forma estable la mayor parte del tiempo, prevén períodos punta en los que se necesitan efectivos adicionales. Al afirmarse en el art. 16.4.I ET que “cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los períodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de

recolocación entre subcontrataciones”, se estaría impidiendo que las empresas contratistas recurrieran a la contratación fija discontinua para atender este tipo de necesidades. En otro lugar (Goerlich, 2022.b) he intentado encontrar una solución menos drástica a este problema. En concreto, sin perjuicio del posible auxilio que pudiera venir de la actuación de la negociación colectiva, he sostenido que una lectura sistemática del conjunto de la nueva regulación debería llevar a la conclusión de que en estos supuestos es posible también el recurso al contrato fijo discontinuo ordinario, basado no ya en la existencia de la subcontratación sino en “la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada” u otras causas de intermitencia, con independencia de que las mismas deriven de exigencias de la contrata. Se trata, en definitiva, de mantener la interpretación tradicional, que ha aceptado que en estos casos las empresas contratistas o concesionarias puedan recurrir a este contrato –cfr. STS 22 septiembre 2011, rec. 12/2011 (brigadas de extinción de incendios); SSTSJ Cantabria 446/2005, 28 abril, Castilla-León 1638/2006, 13 diciembre, o Madrid 367/2002, 19 julio (diferentes servicios vinculados al curso escolar)–, si bien ello supone que no resultan de aplicación las reglas específicamente establecidas para la modalidad especial del contrato. En concreto, la empresa contratista no tendría a su disposición el plazo de tres meses para la recolocación establecido solo para las basadas en el segundo párrafo del art. 16.1 ET. De este modo, habría que prevenir la falta de llamamiento mediante la previa adopción de medidas temporales o definitivas de regulación de empleo pues, de lo contrario, se incurriría en el correspondiente incumplimiento desde el momento en que se produjera.

Se ha indicado, por último, que no parece existir problema en que varias contratas o concesiones puedan justificar diferentes contratos fijos discontinuos con el mismo trabajador (Beltran de Heredia, 2022, § 1.1.c], con base en el uso del plural en el art. 16.1.II ET). Se trae con ello al nuevo escenario normativo la tradicional interpretación que posibilitaba que una misma empresa contratista suscribiera con una sola persona varios contratos de obra a tiempo parcial, en función de distintos encargos compatibles en su ejecución (cfr. desde diferentes perspectivas, SSTS 17 mayo 2004, rec. 3223/2003, 21 marzo 2005, rec. 4951/2003, 1 junio 2012, rec. 1630/2011, y 15 octubre 2013, rec. 3098/2012). Ahora bien, al margen los problemas teóricos que esta solución plantea, habrá que tener en cuenta que, a salvo lo que diga el convenio colectivo sectorial, el contrato fijo discontinuo se desarrolla a tiempo completo (art. 16.5.II ET), lo que puede establecer dificultades prácticas para el mantenimiento de esta interpretación.

### **3. ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO: EL PERÍODO DE INACTIVIDAD Y LAS RELACIONES CON LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL**

Por lo que se refiere al régimen jurídico, el carácter “constitutivo” que corresponde a este supuesto de contrato fijo-discontinuo implica también que se establezca reglas especiales en relación con los períodos de inactividad. De acuerdo con el nuevo art. 16.4 ET, “cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contratas, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. El plazo máximo de inactividad entre subcontratas puede ser determinado por los convenios colectivos sectoriales, aunque “en defecto de previsión convencional, será de tres meses”. A su vencimiento, “la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”. Es claro

que las posibilidades a disposición de los convenios sectoriales no están condicionadas en ningún sentido. Estamos en presencia de un precepto completamente dispositivo, de modo que pueden optar tanto por reducir como por aumentar el plazo de tres meses al que se refiere la forma –acaso con la salvedad de que resulta imposible establecer una regla de duración que desnaturalice su sentido o finalidad (Vicente-Palacio, 2022, 98)–.

Dentro del plazo legal o convencionalmente establecido, la empresa tiene que recolocar al trabajador en otra contrata. Hasta que esto se produzca, permanece en situación de disponibilidad (Ballester, 2022, 95), percibiendo en su caso prestaciones por desempleo. A diferencia de lo que ocurre con el ahora llamado contrato indefinido adscrito a obra del sector de la construcción (disp. adic. 3ª Ley 32/2006), no se ha previsto un régimen de los derechos de los trabajadores o de las obligaciones procedimentales de las empresas durante este período, aunque nada obsta a que la negociación colectiva sectorial pueda establecer para la contratación fija discontinua una regulación de unos y otras.

En todo caso, el principal problema que planteará el período de inactividad es el de las facultades a disposición de la empresa para facilitar la recolocación. No parece adecuado entender que esta deba producirse a cualquier precio, posibilitándole la introducción discrecional de cualesquiera cambios en las condiciones para aquella tenga lugar; pero tampoco es razonable forzar la aplicación del art. 41 ET cada vez que haya de producirse un cambio, con independencia de su naturaleza. Por ello, este será un tema que habrá de ser afrontado por la negociación colectiva (de la Puebla, 2022, 14). Ahora bien, a falta de una regulación específica en el convenio aplicable, habrá que pensar que cabe adoptar decisiones de movilidad funcional o geográfica o modificaciones sustanciales en el marco de las reglas generales de los arts. 39 ss. ET. Aunque exista alguna toma de postura en sentido contrario que apunta que las modificaciones con respecto a la situación del trabajador solo serían posible por mutuo acuerdo (Ballester, 2022, 96; Sala, 2022, 28), entiendo que, durante el período de inactividad, el contrato está vigente y que, por tanto, nada impide que tales normas generales resulten de aplicación.

Obviamente, la obligación empresarial se refiere a todos los trabajadores afectados por la finalización de la contrata. Es posible, sin embargo, que las posibilidades reales de recolocación sean limitadas. La doctrina ha sostenido que, en estos casos, pueden existir preferencias en el convenio aplicable en la empresa contratista (Gorelli, 2022, 229). Desde este punto de vista, la situación no es diferente de la prevista en las reglas especiales establecidas para el contrato indefinido del sector de la construcción (cfr. disp. dic. 3ª.5.b] II Ley 32/2006) si bien no parece que solo el convenio estatal pueda afrontar el problema. En todo caso, a falta de convenio, la selección de los trabajadores a recolocar se dilucidará conforme a los criterios aplicables en despidos colectivos y/o objetivos.

Es claro, por otro lado, que las “medidas” a las que se refiere el último inciso del art. 16.4 ET son regulaciones temporales de empleo, las “coyunturales”, o despidos objetivos o colectivo, las “definitivas”. Se ha destacado que unas u otras resultan obligatorias para la empresa: no en vano el precepto utiliza un futuro de sentido claramente imperativo (“adoptará”: Ballester, 2022, 95). Pero no queda claro la forma en que se tutela esta posición del trabajador. Acaso quepa pensar que el trabajador queda legitimado, con base en el art. 30 ET, para solicitar los salarios derivados de la falta de ocupación. Sin embargo, habida cuenta la tradición interpretativa en materia de fijos discontinuos, habrá más bien que pensar que estamos ante un despido tácito, a declarar improcedente –o nulo si el número de trabajadores afectados desborda los umbrales del despido colectivo–; o quizá que el trabajador queda facultado para pedir la resolución del contrato, con fundamento en el art. 50.1.c) ET.

A la vista de los objetivos proclamados por la reforma de 2021, es razonable que se ofrezcan las dos alternativas, coyunturales o definitivas. No parece, sin embargo, fácil que lleguen a concretarse en la práctica situaciones de regulación temporal de empleo. Es difícil pensar que una empresa pase de una situación de coste 0 a otra en la que tenga que abonar una parte de las cotizaciones, siquiera con las bonificaciones establecidas para los ERTE. De este modo, salvo en casos excepcionales, la salida natural a las dificultades de recolocación en una nueva contrata será el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por vía individual (art. 52.c] ET) o colectiva. Por supuesto, la posibilidad de fundamentar el despido en la pérdida de una contrata se adecúa a los criterios interpretativos consolidados (cfr. STS 1021/2020, 18 noviembre, con cita de otras anteriores). Sin embargo, seguramente la entrada en vigor de la reforma supondrá la aparición de algún matiz de interés. En efecto, hasta ahora la jurisprudencia no ha considerado que la carga probatoria exigible al empresario incluya la acreditación de la imposibilidad de recolocar a los trabajadores afectados por la desaparición del cliente (por todas, STS 253/2022, 23 marzo). El esquema del art. 16.4 ET lleva a pensar que no es suficiente ya acreditar que ha terminado la contrata para obtener un pronunciamiento de legitimidad del despido; será preciso como mínimo acreditar también la imposibilidad de recolocar en el plazo legalmente establecido (de la Puebla, 2022, 14; Ballester, 2022, 94; Beltrán de Heredia, § 1.1.4, con cita de las consideraciones a mayor abundamiento de STSJ Madrid 325/2022, 30 marzo).

Una última cuestión interpretativa es la de las relaciones entre el nuevo contrato y las cláusulas subrogatorias establecidas en el convenio colectivo aplicable. El problema se plantea en la medida en que se trata de dos garantías de estabilidad en el empleo de los trabajadores empleados en las contrata que se mueven en sentido contrario: la nueva ordenación del contrato fijo discontinuo tiende a concentrarla sobre el empresario contratista o concesionario saliente mientras que aquellas se focalizan sobre el entrante. Es difícil sostener, en todo caso, que las dos tutelas sean incompatibles de modo que hay que excluir que la nueva regulación del contrato fijo discontinuo introducida por el RDL 32/2021 haya hecho que las cláusulas subrogatorias hayan devenido antijurídicas de forma sobrevenida (Vicente-Palacio, 2022, 91 y 92). Se hace preciso, pues, encontrar el punto de equilibrio entre ellas.

En este terreno, creo que este no puede pasar por el debilitamiento de la tutela subrogatoria. A mi juicio, la pérdida de sustantividad de los efectos de la subrogación convencional respecto de la legal ha de llevar a pensar que, si aquella está prevista, la relación fija-discontinua que pueda haberse establecido con la contratista saliente continuará en las mismas condiciones con la entrante, sin que ello dependa de la voluntad individual de ninguna de las partes (Goerlich, 2022, 65; Vicente-Palacio, 92). En este contexto, las reglas en materia de inactividad solo jugarán en caso de que no esté prevista o no se cumplan los requisitos establecidos en el convenio. Existe alguna voz que sostiene que en estos casos se abre al trabajador la opción de seguir en su contrato, a la espera de la recolocación, o pasar a la nueva contratista (García Ortega, 2022); sin embargo, por lo expuesto cabe pensar que esta opción no queda al alcance de la voluntad unilateral del trabajador, sin perjuicio de que se pueda llegar a una solución diferente, de común acuerdo con el contratista saliente (de la Puebla, 2022, 15; Sala, 2022, 28). En todo caso, los comentaristas han señalado la necesidad de que la negociación colectiva repiense la necesidad y configuración de estas cláusulas. Es preciso valorar si continúan siendo necesarias en el nuevo contexto de mayor estabilidad en el empleo y, sobre todo, decidir si están adaptadas a esta nueva realidad (de la Puebla, 2022, 15; Vicente-Palacio, 2022, 98). Por lo demás, incluso con esta reflexión, el contacto entre contratación fija discontinua y sucesión de empresas no dejará de plantear problemas, sobre todo si el sucesor no es contratista: al no existir justificación de la discontinuidad, habrá que entender que el trabajador se transforma en indefinido ordinario (de la Puebla, 2022, 15).

#### 4. EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Por su parte el tercer párrafo del art. 16.1 ET admite que “podrá celebrarse un contrato fijo-discontinuo entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida, en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”. En su primer inciso, este precepto, en la redacción que la da la disp. final 1ª RDL 32/2021, permite que las ETT celebren “contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos”.

En relación con estas reglas, algunas cosas están claras y otras lo están menos. Es claro, en primer lugar, que, de acuerdo con el art. 10.3 LETT, el recurso al contrato fijo-discontinuo es únicamente una técnica posible de organización de los recursos humanos por parte de la empresa de trabajo temporal, sin que se alteren las reglas que permiten a las empresas usuarias la utilización de ETT. Dicho llanamente, ninguno de los dos preceptos que se están comentando permite que las necesidades fijas discontinuas existentes en una empresa puedan ser atendidas mediante la cesión por una ETT de un trabajador en misión (López/Ramos, 2022, 124; Ballester, 2022, 91; Carrizosa, 2022, 57). Que esto es así se desprende, de entrada, de que no se hayan modificado las reglas generales sobre “supuestos de utilización” (art. 6.2 LETT). Pero, sobre todo, del propio tenor literal del nuevo art. 10.3, 2º párrafo, LETT que delimita las “necesidades temporales” que puedan atenderse a través del contrato fijo discontinuo por remisión a las reglas del art. 15 ET. Por eso, el nuevo precepto las vincula a “diversas empresas usuarias”. Lo que no está claro es, sin embargo, lo que haya de ocurrir en caso de que no exista causa de temporalidad en la empresa usuaria. Hasta ahora, hemos venido aplicando el régimen de la cesión ilegal, entendiendo que el trabajador afectado puede reivindicar su condición de indefinido en cualquiera de las dos empresas. No parece existir razón para cambiar esta aproximación (López/Ramos, 2022, 126 y 127), aunque no deja de ser extraño este efecto en relación con la ETT.

Tampoco está claro, por otro lado, si esta posibilidad organizativa es de uso discrecional para la ETT o si, por el contrario, está sujeta a la existencia de un específico programa para la prestación de servicios. Hay quien se ha inclinado por esta segunda interpretación entendiendo que el contrato fijo discontinuo queda subordinado a la “previa especificación de los momentos en que se estime que puede concurrir actividad conforme a lo establecido en el art. 16.2 ET” (Ballester, 2022, 91 y 92; de forma más matizada, Sala, 2022, 13). Otros comentaristas, sin embargo, sostienen la primera posibilidad. La idea sería, en este último sentido, que “no parece necesario (ni posible) que esté perfectamente identificado” (Gorelli, 2022, 230). A favor de esta última conclusión militan varias razones: de un lado, el carácter potestativo de la contratación fija discontinua, que se añade a las formas previamente establecidas en el art. 10 LETT –indefinida, temporal y temporal sucesiva–; de otro, la diferencia existente entre los dos párrafos del art. 10.3 LETT en función de las exigencias de la programación (López/Ramos, 2022, 124 ss.). A ello cabría añadir la conexión sistemática e incluso literal entre este supuesto de contratación fija discontinua y el que hemos visto para la atención de contratadas y subcontratadas. La aproximación conceptual entre ambas parece descansar en la proximidad entre los dos párrafos del art. 16.1 ET y en la analogía en el modo de definir periodos de inactividad entre el art. 16.4 ET y el 10.3.II LETT (“plazos de espera”). Si se me apura, apunta en esta misma dirección la propia necesidad de garantizar la posición en el mercado de las empresas de trabajo temporal respecto de

las empresas contratistas de servicios. En efecto, solo si la nueva regla se interpreta de este modo se aproxima la situación competitiva de unas y otras, al permitir que las ETT puedan acceder, en las mismas condiciones que las empresas de servicios, a las ventajas de este tipo de contratación –desaparición de la indemnización por fin de puesta a disposición y de las penalizaciones en la cotización–. El único problema que plantea esta interpretación es que no existe una garantía de la posición del trabajador. Al no ser necesario un programa previo para la prestación del trabajador contratado y no establecerse expresamente un plazo máximo para los períodos de espera entre contrataciones, su expectativa de empleo podría convertirse en una entelequia. La forma de evitar este problema pasa, desde luego, por la negociación colectiva. Pero, en su defecto, cabe entender que resulta aplicable el plazo del art. 16.4 ET: la analogía entre ambos supuestos lo justifica suficientemente.

Por lo demás, llama la atención la regla del último inciso, en cuya virtud, “las referencias efectuadas en el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva se entenderán efectuadas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal” que, asimismo, podrán “fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad”. Esta remisión a la negociación en el ámbito de las empresas ETT podría sorprender a la vista de las previsiones del art. 11.1 LETT. Pero probablemente sea razonable pues solo la negociación en este marco puede comprender las necesidades organizativas de las ETT y atender las correspondientes especialidades.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Desde los primeros comentarios de la reforma, se ha pronosticado que estas novedades en materia de contratación fija discontinua estaban llamadas a tener un notable éxito estadístico. De hecho, los datos que se conocen en el momento de cerrar estas consideraciones lo confirman. En los primeros cuatro meses del año 2022 hemos asistido a un espectacular incremento de la contratación indefinida que descansa en buena parte en los contratos fijos discontinuos (Pérez del Prado, 2022; Baylos, 2022). Entre enero y abril de 2022, se han registrado 1.767.836 contratos indefinidos, cantidad que prácticamente triplica los 627.893 registrados en el período equivalente del año anterior. Pero una parte sustancial del empuje de la contratación indefinida después de la reforma se relaciona con la contratación fija discontinua, que alcanza al 34 % de los contratos indefinidos registrados.

Podemos discutir hasta qué punto estos excelentes resultados estadísticos se corresponden con una mejora real de la estabilidad en el empleo. En este punto, así como en relación con el tratamiento de la contratación indefinida en el sector de la construcción, la reforma supone que determinadas necesidades de personal mantienen un tratamiento separado: aunque con disfraz de indefinido, dan lugar a contratos especiales cuando, en rigor, la actividad que se atiende es precisamente la normal de la empresa. Ahora bien, frente a esta posible valoración negativa, cabría resaltar también que la situación de los trabajadores se mejora de forma sustancial, en la medida en que, aun sujetos a un régimen especial, dejan de situarse en el marco de la contratación temporal. La estabilidad en el empleo mejora, en definitiva, de forma sustancial (Carrizosa, 2022, p. 50).

En todo caso, la valoración final de la opción normativa solo podrá producirse cuando transcurra algo de tiempo. La nueva norma deja puntos oscuros que solo podrán cerrarse por acción de la interpretación judicial o, mejor todavía, si la negociación colectiva asume funciones normativas para su adaptación a las diferentes realidades sectoriales. En este sentido, el nuevo art. 16 ET abre muchas posibilidades a los convenios colectivos en relación con el desarrollo del contrato. Si se animan a seguir las diferentes vías que se les abren, el



desarrollo de la contratación fija discontinua en el ámbito de las actividades externalizadas constituirá un mecanismo de mejora sustancial de la situación de los trabajadores.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social), 2022.

BAYLOS GRAU, A., “Más y mejor empleo: los datos de abril”, en *Según Antonio Baylos...*, 5 de mayo de 2022 (<https://baylos.blogspot.com/2022/05/mas-y-mejor-empleo-los-datos-de-abril.html>, acceso 17.05.2022).

BELTRAN DE HEREDIA, I., “El nuevo contrato fijo-discontinuo”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (<https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#322>, acceso 13.05.2022).

CARRIZOSA PRIETO, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo. Una visión general”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* 152(2022), 45 ss.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y Derecho* 88/2022.

GOERLICH PESET, J. M. [2022.a)], “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 3 (2002) Numero extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021, 58-72.

GOERLICH PESET, J. M. [2022.b)], “¿Puede haber contratos fijos-discontinuos en contratas de obras o servicios de naturaleza discontinua?”, *El Foro de Labos*, 22 marzo 2022 (<https://www.elforodelabos.es/2022/03/puede-haber-contratos-fijos-discontinuos-en-contratas-de-obras-o-servicios-de-naturaleza-discontinua/>, acceso 16.05.2022).

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021”, *Temas laborales*, 161/2022.

LÓPEZ BALAGUER, M., y Ramos Moragues, F., *La Contratación Laboral en la reforma De 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, València (Tirant), 2022.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “En búsqueda de la estabilidad perdida: la reforma de los fijos discontinuos y del contrato “fijo” de obra en el sector de la construcción”, en *Almacén de Derecho*, 10 enero 2022 (<https://almacenederecho.org/en-busqueda-de-la-estabilidad-perdida-la-reforma-de-los-fijos-discontinuos-y-del-contrato-fijo-de-obra-en-el-sector-de-la-construccion>, acceso 127.05.2022).

PÉREZ DEL PRADO, D., “Reforma laboral y contratación laboral: primeros datos”, en *El Foro de Labos*, 30 marzo 2022 (<https://www.elforodelabos.es/2022/03/reforma-laboral-y-contratacion-temporal-primeros-datos/>, acceso 17.05.2022).

SALA FRANCO, T., *Los contratos indefinidos fijos discontinuos*, València (Tirant), 2022.

VICENTE-PALACIO, A., “La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, nº 2 (1er Trimestre 2022).

# **LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO**

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

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

Universidad de Sevilla

Senior Counsellor, PwC Tax & Legal Services

## SUMARIO:

1. PRESENTACIÓN: UN ESTUDIO CLÁSICO DE UNA INSTITUCIÓN CENTRAL.
2. LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO EN EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL DEL SIGLO XX
3. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI
4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

---

<sup>1</sup> Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322. mrodriguez7@us.es. ORCID 0000-0001-7926-6175.

## 1. PRESENTACIÓN: UN ESTUDIO CLÁSICO DE UNA INSTITUCIÓN CENTRAL

En el año 1990 se publicó una monografía llamada a tener un estatus legendario entre nosotros, por parte de un servicio de publicaciones, el del Ministerio de Trabajo bajo la dirección de Luis Sastrón, que sin duda se ha ganado este mismo estatus. Se trata del libro “Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea”, coordinado por los profesores Alfredo Montoya Melgar, Antonio Martín Valverde y Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez. Encontramos en él artículos convertidos en clásicos como “La vigencia del principio “pro operario””, de Manuel Ramón Alarcón Caracuel; “Jurisdicción de trabajo y sistema constitucional”, de Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer; “La potestad reglamentaria en el Ordenamiento Laboral”, de Fernando Valdés Dal-Ré; o “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, de Antonio Martín Valverde. Y también uno de Santiago González Ortega sobre “La presunción de existencia del contrato de trabajo”, un estudio que estaba llamado a ocupar un lugar central en el conocimiento de una institución que tiene también este carácter en nuestro Derecho del Trabajo. Un capítulo de un libro homenaje que servirá de base para mi estudio en éste otro, que también lo es; el colaborador del homenaje de entonces es el homenajeado del de ahora.

Se da la circunstancia, además, de que sobre este mismo tema tuve ocasión hace ya varias décadas de publicar un estudio, con el mismo título, en la colección de monografías de la editorial Civitas. Es, pues, tema que conozco y que he compartido con el maestro González Ortega, que me ayudó a preparar lo que en su momento fue un ejercicio presentado a una oposición de titularidad en la Universidad Carlos III de Madrid.

Por estos motivos, la elección del tema parecería obligada. Hay otros factores que la explican: para empezar, es una institución que opera en un momento fundamental del desarrollo de la relación laboral, el de su constitución; además, es un mecanismo de defensa de derechos de los trabajadores frente a intentos de fraude en la calificación de los servicios prestados; y ha estado presente en nuestro Derecho del Trabajo desde las primeras leyes laborales, como ahora se verá. No exagero cuando digo que la presunción de existencia del contrato de trabajo es una institución central de este Derecho, un elemento estructural sobre el que se construye la regulación de la relación individual de trabajo.

A todo ello se une que en los últimos años se están produciendo cambios regulatorios que vuelven a utilizar la figura de la presunción de laboralidad, algunos ya vigentes y otros en trámite de aprobación. Estas iniciativas tienen que ver con las nuevas formas de empleo generadas por la digitalización, lo que las pone en la vanguardia del Derecho del Trabajo en España y en Europa. El viejo mecanismo de presumir existente un contrato de trabajo entre quien presta un servicio y la persona que lo recibe es llamado para hacer frente a los nuevos problemas que afectan a los trabajadores; la presunción se prepara para las relaciones laborales del siglo XXI.

## 2. LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO EN EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL DEL SIGLO XX

El carácter estructural y central de esta institución en nuestro Derecho del Trabajo se comprueba por lo temprano de su origen, en la Ley de Tribunales Industriales de 19 de mayo de 1908, cuyo artículo 5 afirmaba que “*el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo y el que lo presta*”; así como por su continuidad,

pues la encontramos en todas las normas sobre contrato de trabajo (salvo en la Ley de Relaciones Laborales de 1976) promulgadas durante el siglo XX. A lo largo de este período destacó la vigencia de un modelo clásico de presunción, contenido en el artículo 3.1 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en estos términos: “*el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta*”. Nadie discutió la relevancia de este mandato, su finalidad o su naturaleza presuntiva. Por más que esta última resultara discutible desde el momento en que se deduce un hecho, la existencia del contrato de trabajo, a partir de otro, la existencia de un trabajo, que forma parte del anterior, puesto que no puede haber aquél sin éste. Hecho base y hecho presumido no son completamente independientes, como se exige en la construcción clásica de las presunciones en el Derecho procesal.

La Ley 8/1980 asegura la vigencia de este mecanismo en su artículo 8.1, que contiene una redacción, no especialmente afortunada, que se ha mantenido sin cambios en las distintas versiones del Estatuto de los Trabajadores y en la marea de reformas que éstas han recibido. Decía y dice este artículo 8 que el contrato de trabajo, además de poder celebrarse por escrito o de palabra, se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.

La redacción es defectuosa por dos motivos: primero, porque mezcla dos aspectos distintos, forma del contrato y presunción de existencia del mismo, buscando quizás una economía en la redacción de la norma que era típica del primer Estatuto, escrito como un código, y que los sucesivos abandonaron por completo para redactarse en muchas partes como reglamento. La conexión entre presunción y forma contractual, como señaló en su momento GONZÁLEZ ORTEGA, quedó realizada con el inicio de la fase estatutaria de nuestro Derecho del Trabajo. Este autor también elaboró una completa construcción sobre el nuevo modelo presuntivo, diferenciando dos figuras independientes pero que operaban a la vez: una presunción de existencia de contrato; y una de laboralidad de este nexo contractual.

Y lo segundo, que frente a sus antecedentes normativos cambia su contenido para ordenar esta figura de una manera muy diferente a la tradicional de la Ley de Contrato de Trabajo, con efectos jurídicos muy debilitados. Para verificar esto hay que analizar conjuntamente este precepto y el artículo 1.1 TRLET, que define el ámbito de lo laboral en nuestro Derecho.

Para que haya laboralidad se exige

- Voluntariedad
- Servicios
- Retribución
- Ajenidad
- Subordinación

Pero el contrato se presume si hay

- Servicios
- Subordinación
- Ajenidad
- Retribución
- Recepción por la empresa

Como se observa, poco se presume, y nada se ayuda al trabajador que quiera probar que es parte de un contrato de trabajo. Por esto fue en su momento una norma poco valorada, casi redundante: se presume que existe algo cuando se dan los elementos que lo definen; esto no es presumir. Parece que se mantuvo más por tradición que por otra cosa, aunque

alguna utilidad sí que tiene, ya que sirve para aclarar el mecanismo a través del cual se prestan los servicios “al modo laboral” en nuestro Derecho, algo que el artículo 1.1 dejaba en el aire: se aplica el Estatuto (y el resto del ordenamiento laboral) porque se es parte de un contrato de trabajo. Un efecto poco relevante, toda vez que nadie discute el origen contractual de la relación de trabajo desde hace mucho tiempo (por más que en 1976 se aprobara una “Ley de Relaciones Laborales”).

Buscándole algún otro efecto, puede interpretarse que en el caso de prestaciones de servicios en estas condiciones en el sector público se presume su carácter laboral, frente a una relación sometida al Derecho administrativo en la que se dan las mismas características. Habría una preferencia, así, por la laboralidad frente al estatuto funcionarial, algo que sin embargo resulta incoherente con la regulación propia y específica de éste.

Los tribunales evolucionaron en la aplicación del precepto, desde unas primeras fases en las que siguieron apegados al funcionamiento tradicional hasta otras posteriores en la que siguieron su literalidad, exigiendo la presencia de todos los elementos requeridos para considerar presente un contrato de este tipo. Todo lo más derivaron del precepto una cierta preferencia por la laboralidad, en caso de duda sobre la calificación, a modo de un principio *in dubio pro contrato de trabajo*.

Durante el período estatutario lo más destacado a este respecto fue la aprobación de la Ley 11/1994, que articulaba la conocida como “reforma laboral de 1994”, y que introdujo un nuevo apartado en el artículo 1.3, por el que excluía del ámbito laboral “*la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador*”. Este precepto, reacción a un problema concreto de la época, el de la calificación de los servicios de los mensajeros, fue interpretado como la introducción de una “presunción de no laboralidad”, aplicable a determinados tipos de trabajadores del transporte cuando cumplieran determinados requisitos. Este precepto fue ampliamente interpretado por los tribunales, el Constitucional para declarar su constitucionalidad, los ordinarios para determinar su alcance y naturaleza. Y el Tribunal Supremo ha dicho al respecto algo que corrobora esta idea de que se presume la no laboralidad: en la sentencia de 5 de mayo de 1996 éste afirma que “*a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/1994 el intérprete que se enfrenta con el problema de la calificación de relaciones de servicios de transportistas queda liberado en principio de la apreciación pormenorizada de la concurrencia de dichas notas generales, pudiendo y debiendo proceder en primer lugar a la comprobación de si concurre o no en el caso el criterio legal concreto que se adopta como indicador específico de las mismas*”. Dicho de otro modo, para calificar estos servicios no hay que probar los elementos definitorios del contrato, sino acreditar los que delimitan el hecho base, hecho lo cual se deduce el hecho presumido, la presencia de un contrato no laboral.

Qué duda cabe de que en la voluntad del legislador no estaba facilitar la prueba o proporcionar seguridad jurídica, sino tan sólo excluir a este colectivo que, de otra manera, por la jurisprudencia de la época hubieran sido considerados trabajadores por cuenta ajena.

No es más que una nueva exclusión constitutiva del ámbito de lo laboral, que opera como una presunción *iuris et de iure*.

### 3. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI

El Derecho del Trabajo del siglo XXI no empieza en el año 2000, sino que durante al menos dos décadas nuestra regulación mantuvo las mismas pautas e instrumentos que habían caracterizado a la de las últimas del anterior: desregulación, flexibilidad, disminución de las garantías legales, sometimiento a objetivos de empleo... Es más, estas notas se hicieron más evidentes si cabe durante este período de principios de siglo, como consecuencia de la crisis financiera mundial, de tal modo que en este período la legislación laboral tuvo una marcada continuidad, formando una misma fase con la de los años previos.

Es en el tránsito de la segunda a la tercera década de este siglo cuando se detecta un cambio de tendencia de tanto alcance que hace que podamos hablar, al menos en España, de un tránsito hacia un nuevo Derecho del Trabajo, ya propio del XXI, con unos objetivos y principios distintos a los del XX. La última legislación laboral española ha estado centrada en los derechos, en campos tales como el de los derechos digitales, la igualdad y no discriminación por razón de género, el trabajo a distancia o el tiempo de trabajo. Una tendencia consolidada con el Real Decreto-ley 32/2021, y que tiene en el proyecto de “Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI” una oportunidad de consolidarse como el nuevo modelo regulatorio en España. En la Unión Europea la aprobación en 2017 del Pilar Europeo de Derechos Humanos señala igualmente que el horizonte está cambiando.

Esto me ha llevado a calificar el actual como un “siglo corto” para el Derecho del Trabajo, utilizando la expresión acuñada por historiador británico Eric Hobsbawm para referirse al siglo XX, que comenzaría con el final de la Primera Guerra Mundial y terminaría con la caída del Muro de Berlín, en contraste con el XIX, que fue un “siglo largo”.

De los grandes desafíos que afronta en el siglo XXI destaca el de la digitalización, que afecta a esta rama del ordenamiento jurídico en múltiples aspectos, lo que ha dado lugar a numerosas intervenciones regulatorias en los últimos años, tanto unioneuropeas como nacionales. Un aspecto particularmente complejo ha sido la cuestión de las nuevas formas de empleo generadas sobre los soportes tecnológicos disponibles, entre las que destaca el trabajo en plataformas. En esta forma de empleo concurren problemas de calificación jurídica de los servicios, de condiciones de trabajo, de determinación de la legislación aplicable, de uso de algoritmos... Siendo una forma de empleo emergente y ampliamente presente en los mercados de trabajo de todo el mundo; y generando condiciones contractuales, económicas y de trabajo consideradas inaceptables, ocupó pronto una posición de preeminencia en los debates laborales, en un contexto donde la tutela jurídica de las personas trabajadoras había vuelto a ser la prioridad. La cuestión de la calificación jurídica de los servicios prestados a través de las plataformas es la más urgente, al utilizar estas empresas modelos de negocio basados en una contratación sistemática de trabajo autónomo más que discutible. Siendo éstas empresas en muchos casos resistentes al cumplimiento de la normativa laboral, los actores de las relaciones laborales se centraron en este asunto, a través de denuncias, medidas de presión, actuaciones colectivas y acciones judiciales, buscando el reconocimiento de la verdadera naturaleza de estas prestaciones de servicios. El legislador laboral ha querido también intervenir, y en esta tarea de determinación de la calificación de los contratos que vinculaban a las plataformas con sus empleados han recurrido a una vieja conocida, la presunción de existencia del contrato que nos ocupa.

#### 3.1. La presunción de laboralidad en la Ley Rider

Una de las intervenciones más sonadas, tanto por la visibilidad de su objeto como por su carácter pionero, ha sido la aprobación de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la

que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Norma fruto del diálogo social, lo que explica algunas de las limitaciones en su alcance; y que se encuadra perfectamente en la producción normativa de este cambio de década, coincidiendo en el objetivo tuitivo y de lucha contra el fraude en la contratación laboral. Este diálogo social, es importante subrayarlo, no es uno que se haya generado dentro de este sector, entre sus propios actores, sino que es el general, a nivel estatal y para todas las actividades económicas. Si algo había caracterizado a las plataformas en España hasta esa fecha había sido su resistencia a establecer relaciones con los representantes de sus empleados, rechazando su representatividad y acudiendo incluso a prácticas antisindicales.

Los interlocutores sociales reaccionaron frente a un problema social grave, el del fraude en la contratación del personal en muchas plataformas, cuyo modelo de negocio se basaba en la negación de la laboralidad de éste, generando problemas tanto para estas personas como para aquellas empresas que sí habían optado por el modelo laboral. Contra este fraude generalizado habían actuado ya los sindicatos, la Inspección de Trabajo y los tribunales de trabajo, existiendo sin embargo la convicción de que eran necesarias medidas legislativas para facilitar a los empleados el reconocimiento de su verdadera naturaleza contractual, desactivando los mecanismos técnicos (y también jurídicos) montados por las plataformas para ocultarla.

Esta norma es universalmente conocida como la “Ley Rider”, siguiendo una práctica cada vez más generalizada de ponerle un alias o mote a las normas, y utilizar éste en lugar de su denominación oficial (en honor a la verdad, el legislador laboral está utilizando últimamente unos nombres para sus normas que tampoco ayuda); con la particularidad de que se utiliza una expresión que no está todavía reconocida oficialmente en castellano, aunque sea de uso común. Un nombre que no le hace justicia, porque ignora el contenido más relevante de la norma, el reconocimiento de un derecho de la representación legal de los trabajadores a ser informado sobre el uso de algoritmos por las empresas, lo que ha hecho a algunos hablar de “Ley Algoritmo”.

Pues bien, la Ley Rider encara directamente la cuestión de la calificación jurídica de los servicios prestados a las plataformas de reparto de comida a domicilio. Para ello introduce una nueva disposición adicional vigesimotercera en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, con el siguiente tenor literal:

Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto. Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.

La presunción de laboralidad aparece de dos formas diferentes. La primera es mediante la referencia al artículo 8.1 TRLET, que se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley 12/2021: *“asimismo, se refuerza, a través de la invocación explícita del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, la importancia de valorar la naturaleza real del vínculo, el contenido de las prestaciones, y la configuración asimétrica y efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual, como un elemento necesario para garantizar el efecto útil y protector que corresponde al derecho laboral”*. Se atiende al efecto de la presunción genérica en la calificación de los servicios laborales, y se señala la necesidad de actualizar al

nuevo medio de trabajo altamente tecnológico los elementos determinantes de la laboralidad de los artículos 1.1 y 8.1 TRLET.

Vuelve a aparecer el mecanismo presuntivo en una nueva regla, específica para este colectivo. El legislador laboral afirma que se introduce “*la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía*”, acreditados unos datos fácticos que activan el mecanismo. Analizando esta previsión legal desde el punto de vista de la técnica presuntiva, el hecho base viene definido por los siguientes aspectos:

- servicios retribuidos
- actividad consistente en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía,
- actividad desarrollada por empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control
- estas facultades pueden ejercitarse de forma directa, indirecta o implícita,
- estas facultades se desarrollarán, bien mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, bien a través de una plataforma digital

Estos elementos se fijan en algún aspecto ajeno a la regla del artículo 8.1 TRLET (el tipo de actividad de la empresa), pero se centran sobre todo en el elemento de la dependencia, que es definido de manera precisa, adaptada a la realidad de las plataformas de trabajo en este sector; a la dependencia que podemos considerar material, derivada del ejercicio de poderes empresariales. No hay ninguna referencia a la ajenidad, lo que resulta llamativo toda vez que el debate sobre la calificación de servicios del trabajador de plataforma ha puesto en primera línea a este criterio, entendiéndolo en un sentido renovado; ni tampoco a la dependencia económica, un factor que tanto el legislador en el Estatuto del Trabajo Autónomo como alguna jurisprudencia reciente han valorado a la hora de determinar el estatuto jurídico de las personas cuando trabajan. El legislador se ha fijado sobre todo en los aspectos técnicos de los poderes que hacen de éste un trabajo subordinado, no ya porque sean novedosos, sino porque eran precisamente éstos los que en muchas ocasiones eran utilizados por estos empleadores para camuflar la existencia de una relación sometida al Derecho del Trabajo.

El hecho presumido es la existencia de un contrato de trabajo entre el prestador y la plataforma. Uno ordinario, desmarcándose de las propuestas que han circulado sobre modalidades contractuales propias para este colectivo o sobre relaciones laborales especiales para el trabajador digital. Y fijo, por aplicación de la presunción del artículo 15 TRLET, que ha salido fortalecida de la reforma de 2021.

Esta segunda presunción, como el propio legislador reconoce, viene a incorporar los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en su famosa sentencia de su Sala de lo Social 805/2020, de 25 de septiembre, la primera que resolvió en unificación de doctrina a favor de la laboralidad de las prestaciones de servicios en plataformas digitales de reparto. Dos elementos conforman su construcción: la prevalencia del principio de realidad; y la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual. De esta manera, en nuestro Derecho se combinan dos formas de ajustarse a la calificación del trabajo digital: una presunción y una redefinición de los indicios de laboralidad, la primera legal y la segunda jurisprudencial.

Esta nueva presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 TRLET, una exclusión sin duda arañada por la representación empresarial en la mesa de diálogo social que emanó el acuerdo l pasado 10 de marzo de 2021 que dio lugar al Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, precursor de la Ley 12/2021. Se explica porque ambos colectivos, riders y



transportistas autónomos, coinciden en dedicarse a la actividad del transporte, aunque la realidad laboral en España demuestra que el prototipo de rider no encaja por lo general en la figura prevista en esta previsión estatutaria, no es el tipo de transportista al que afecta la presunción de no laboralidad.

### 3.2. La presunción de laboralidad en la propuesta de directiva de trabajadores de plataforma

La preocupación generada por la extensión de las formas de empleo digital en toda Europa ha llevado a las instituciones unioneuropeas a diseñar intervenciones legislativas para dotar a los Estados miembros de instrumentos que permitan evitar las prácticas generalizadas de huida del Derecho del Trabajo mediante la calificación fraudulenta de los contratos de servicios. Una primera medida ha sido la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

La segunda, y que afecta directamente a este estudio, es la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales, que de una manera particular combina las dos líneas de actuación seguidas en España, de manera que junto a una presunción de laboralidad (como hace la Ley Rider) incluye una lista de criterios para determinar si una plataforma digital ejerce control sobre una persona, lo que activaría la primera.

El artículo 3 obliga a los Estados miembros a disponer de “*procedimientos adecuados para verificar y garantizar la determinación correcta de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas, con vistas a determinar la existencia de una relación laboral*”. Se proporcionan varias directrices a los Estados para organizar estos procedimientos

- La existencia de la relación laboral tomará como referencia la definición de esta relación laboral “*en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*”
- Se debe garantizar a estas personas “*los derechos derivados del Derecho de la Unión aplicables a los trabajadores*”.
- La determinación de la existencia de una relación laboral deberá guiarse principalmente por los hechos relacionados con la ejecución real del trabajo, teniendo en cuenta el uso de algoritmos en la organización del trabajo en plataformas, independientemente del modo en que se clasifique la relación en cualquier acuerdo contractual que puedan haber convenido las partes implicadas.
- Cuando la existencia de una relación laboral se establezca sobre la base de hechos, deberá identificarse claramente la parte que asume las obligaciones del empleador de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales.

Para la Comisión la finalidad de este procedimiento es reclasificar a los trabajadores si están clasificadas erróneamente en la categoría de autónomos (o cualquier otra situación), lo que “*garantizará que los falsos autónomos tengan la posibilidad de acceder a las condiciones de trabajo establecidas en la legislación nacional o de la Unión en consonancia con la situación laboral correcta*”.

La disposición también aclara que la determinación correcta de la situación laboral debe basarse en el principio de primacía de los hechos, es decir, guiarse principalmente por los hechos relacionados con la ejecución real del trabajo y la remuneración, teniendo en cuenta el uso de algoritmos en el trabajo en plataformas, y no por el modo en que se

define la relación en el contrato. Cuando exista una relación laboral, los procedimientos establecidos también deben identificar claramente quién debe asumir las obligaciones del empleador.

En el artículo 4 aparece una verdadera “presunción legal”, calificada expresamente como tal, cuando se dice que “*se presumirá que, desde un punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo que controla, en el sentido del apartado 2, la ejecución del trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral*”. La presunción así definida se aplicará en todos los procedimientos administrativos y judiciales pertinentes, pudiendo ser utilizada por las autoridades competentes para calificar las prestaciones de servicios.

Es en el apartado 2 donde se ofrece una enumeración de criterios para determinar que la plataforma ejerce que el control de la ejecución del trabajo: el establecimiento del nivel de retribuciones o la fijación de unos límites máximos; la supervisión de la ejecución del trabajo por medios electrónicos; la restricción de la libertad a la hora de elegir los horarios de trabajo o los períodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas o de recurrir a subcontratistas o sustitutos; el establecimiento de normas vinculantes específicas en relación con la apariencia, la conducta hacia el destinatario del servicio o la ejecución del trabajo; y la restricción de la posibilidad de construir una base de clientes o de trabajar para terceros. Se entenderá que existe este control cuando se cumplen al menos dos de estas condiciones, lo que dibuja una forma de operar singular: el hecho base es variable, pudiendo ser dos o más de los diseñados por el legislador; y no es una prueba indiciaria en sentido estricto, ya que la norma obliga al juzgador a optar por una calificación cuando constante la presencia de un número suficiente de indicios.

La introducción de esta medida viene acompañada de las salvaguardias tradicionales en las normas laborales unioneuropeas, al indicarse que los Estados miembros deberán tener en cuenta el impacto en las empresas emergentes, evitar aplicarla a los verdaderos autónomos y apoyar el crecimiento sostenible de las plataformas digitales de trabajo. Esto se hará con medidas tales como difundir la información sobre la aplicación de la presunción legal; desarrollar orientaciones para que las plataformas digitales de trabajo, las personas que realizan trabajo en plataformas y los interlocutores sociales comprendan y apliquen esta presunción legal; desarrollar orientaciones para que las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la legislación se centren activamente en las plataformas digitales de trabajo que incumplan la normativa y persigan dichas plataformas; y reforzar los controles y las inspecciones sobre el terreno realizados por los servicios de inspecciones de trabajo o los organismos responsables de la aplicación de la legislación laboral, garantizando que dichos controles e inspecciones sean proporcionados y no discriminatorios.

La presunción es calificada por la Comisión Europea como “refutable”, lo que en nuestra terminología jurídica sería *iuris tantum*, admitiendo por tanto prueba en contrario. De ésta se ocupa el artículo 5 de la propuesta, dedicado a la posibilidad de refutar la presunción legal. Se dice a estos efectos que los Estados miembros garantizarán que cualquiera de las partes tenga la posibilidad de refutarla en procedimientos judiciales y administrativos.

Se prevén también dos reglas especiales sobre reparto de la carga de la prueba en la aplicación de ésta. Así, cuando la plataforma alegue que la relación contractual no es laboral la carga de la prueba recaerá en ésta, mientras que cuando sea el trabajador quien lo alegue, esta plataforma deberá contribuir a la adecuada resolución del procedimiento, facilitando toda la información pertinente que obre en su poder.

Otra regla especial es que las pretensiones de negar la calificación laboral no tendrán un efecto suspensivo sobre la aplicación de la presunción legal, lo que supone que ésta operará de manera inmediata a pesar de las posibles controversias jurídicas sobre su impacto.

#### 4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La presunción de existencia del contrato es una figura estructural de nuestro Derecho del Trabajo, estando presente en éste desde sus mismos orígenes. Su papel como mecanismo para facilitar la calificación laboral de los servicios prestados por personas físicas ha sido fundamental para vencer la resistencia de las empresas en algunos momentos históricos, así como para facilitar la tendencia expansiva que ha caracterizado a esta legislación durante gran parte de su existencia.

Pueden identificarse dos modelos de presunción durante el siglo XX: la clásica, presente desde 1908, que tomaba como hecho base la prestación de un servicio y como presumido la existencia de un contrato de trabajo; una norma cuya naturaleza presuntiva es discutible, pero que sin duda tenía grandes efectos en el momento de determinar el tipo de vínculo contractual existente. Y la estatutaria, vigente todavía, mucho más exigente en cuanto a los requisitos para su aplicación, lo que debilitaba su eficacia en esta tarea, aunque reconoce una cierta preferencia por la laboralidad en caso de duda sobre la calificación del contrato.

En el cambio de siglo la calificación de las relaciones de servicios ha vuelto a ser el gran problema para la aplicación del Derecho del Trabajo, consecuencia no sólo de cambios tecnológicos sino sobre todo de estrategias empresariales basadas en la utilización sistemática del trabajo autónomo, apoyándose en canales digitales, a pesar de existir ajenidad y dependencia. Las plataformas digitales son la mejor muestra de esta práctica, y es normal que hayan estado en el punto de mira de los agentes sociales y de la administración laboral. Estas peculiares empresas han recurrido a la construcción de modelos contractuales muy sofisticados y al diseño de instrumentos tecnológicos avanzados para intentar defender su modelo de negocio, insostenible con trabajadores asalariados disfrutando de sus derechos legales. Esto, unido a una estrategia combativa y resistente, ha impedido a estas personas poder ver reconocida su verdadera condición, generando conflictividad, litigación, sanciones y sobre todo costes sociales.

Para vencer esta resistencia se ha acudido al instrumento tradicional del Derecho del Trabajo, la presunción, tanto en el ordenamiento interno español, con la aprobación de la Ley Rider de 2021, como en el de la Unión Europea, mediante la elaboración de una propuesta de Directiva sobre mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales. En una y otra se utilizan mecanismos presuntivos, que no son presunciones en sentido técnico jurídico, pero que sin duda resultarán muy eficaces en esta tarea, desmontando cuanto de artificioso e irreal tienen los esquemas contractuales utilizados en el sector.

Junto a este efecto principal o prioritario es notable la renovación de los indicios de laboralidad que suponen, que puede servir también para tratar otras formas de empleo emergentes en el siglo XXI, por lo que no es descartable que puedan producirse ulteriores desarrollos en este campo, incluyendo nuevas presunciones para otros sectores o colectivos.

Esta reaparición de las presunciones pone de manifiesto que el Derecho del Trabajo de este siglo, muy diferente al de décadas anteriores, mantiene los principios y objetivos tradicionales de la disciplina, que en este asunto pueden resumirse en dos: la preocupación por defender la primacía de la realidad, frente a construcciones jurídicas fraudulentas; y la vocación por la tutela de la parte débil, la persona cuando trabaja, que en la economía digital puede serlo especialmente. Dos aspectos que aparecen continuamente en la obra del profesor GONZÁLEZ ORTEGA.

**CUANDO LA FLEXISEGURIDAD ALCANZA AL  
CONCEPTO DE FUERZA MAYOR**

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

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

Universidad de León

SUMARIO:

1. VIS MAIOR: UN CONCEPTO EN PERMANENTE MOVIMIENTO
2. EL FACTUM PRINCIPIS COMO ESPECIE SIGNIFICADA DE FUERZA MAYOR
3. LA DUCTILIDAD ACTUAL DE LA FUERZA MAYOR A TRAVÉS DEL FACTUM PRINCIPIS: DEL USO NECESARIO AL EXCESO EVIDENTE

## 1. *VIS MAIOR*: UN CONCEPTO EN PERMANENTE MOVIMIENTO

La vorágine de encuentros científicos que acompañan a la salida de la pandemia ha permitido a quien suscribe escuchar hasta en tres ocasiones, dentro del año en curso, el mismo discurso de un personaje público de cierto relieve en torno a la fuerza mayor. En tono coloquial confesaba que el apartado relativo a tal instituto, situado al final del programa de la asignatura que impartía cuando era docente, se solventaba recordando cómo apenas si había cambiado desde Roma; en consecuencia, que cabía soslayar su estudio en profundidad, pues apenas si presentaba mayor incidencia práctica. Añadía, a renglón seguido, que tal había sido así hasta el momento en el cual le correspondió asumir el cargo público que ocupa en el presente, donde precisamente cobra un inusitado protagonismo a partir de su noción remozada en los nuevos textos normativos.

El aire de chanza, sin duda, movió a la risa al cualificado público en las tres ocasiones, captando la broma del prestigioso político y académico, quien, desde luego, no podía ignorar ni la historia, ni la funcionalidad de la causa en su devenir, ni (tampoco) el carácter manifiestamente mejorable de su triple acepción actual.

Aun cuando el objeto del discurso se centre en visitar los efectos del embate de la flexiseguridad sobre el instituto de la fuerza mayor en la normativa vigente, cabrá recordar cómo, lejos de una noción estática y apenas utilizada en la práctica, la de fuerza mayor no ha cesado de incorporar notas de interés desde aquella construcción romana de la *vis maior* hasta su recepción en los códigos civiles modernos<sup>1</sup> y, por cuanto hace al ordenamiento laboral, dista de ser un referente inamovible y sin apenas virtualidad en el día a día.

En este sentido, y si bien no aparecía expresamente enunciada en el Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926, la doctrina de la época constataba su normal operatividad al calor no solo de cuanto figuraba en el art. 61.5 del Anteproyecto elaborado por el Instituto de Reformas Sociales de 1924, sino también de su pacífica aplicación judicial como causa de exoneración de cualquier responsabilidad (civil) por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato<sup>2</sup>. Situación que no varió sustancialmente bajo el Real Decreto de la Organización Corporativa Nacional de 22 de julio de 1928<sup>3</sup>.

La parquedad en la regulación contenida en la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 no impidió que aflorara, frente al “despido justificado” como causa para la extinción del contrato (art. 89.6<sup>a</sup>), otro cauce destinado a recoger la “fuerza mayor que imposibilite el trabajo” (art. 89.5<sup>a</sup>), que en lo esencial remitía a fenómenos de la naturaleza (incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo) o, en todo caso, de origen externo a la organización empresarial (guerra, tumultos o sediciones); pero que también podía ponerse en funcionamiento, “en general”, por “cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya podido evitar”.

Esta fórmula abierta contiene el potencial expansivo bastante para hacer evolucionar una acepción que dista de ser ya una mera reproducción de la que opera en el ordenamiento civil y cobra vida propia<sup>4</sup>. La mejor muestra aparece en el art. 54 de la Ley de Jurados

<sup>1</sup> Saleilles, R., *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil: Pour l'Empire Allemand (Ed. 1914)*, 2ª ed. Hachette/BnF, París, 2018, pp. 21 y 22.

<sup>2</sup> Alarcón y Horcas, S., *Código de Trabajo*, T. I, Reus, Madrid, 1927, pp. 125 y 126.

<sup>3</sup> Rodríguez Piñero, M., “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, *Revista de Política Social*, 74/1967, pp. 32-35.

<sup>4</sup> Montoya Melgar, A., “El despido por fuerza mayor”, *Revista de Política Social*, 85/1970, p. 112 o, con la distancia del tiempo, García Murcia, J., “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de

Mixtos de 29 de agosto de 1935, cuando extiende ese concepto “dúctil”<sup>5</sup> a cuanto se pasará a valorar como una noción “impropia” de fuerza mayor<sup>6</sup>, identificada con la crisis de empresa y, en un sentido aún más amplio, con los ceses en “interés de empresa”<sup>7</sup>, en particular, o más en concreto, a través de la contemplación expresa de despido de los obreros “por falta de trabajo”.

Sobre tal base ha lugar durante casi cuatro décadas a una interesante relación dialéctica entre fuerza mayor propia e impropia por mor del criterio de causalidad<sup>8</sup> (y, a su estela o como consecuencia, la aplicación del régimen de control administrativo<sup>9</sup>), cuyo origen cabrá situar en el Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba la Ley de Contrato de Trabajo de tal data, donde finalmente se produce una división formal, en apartados diferentes, de los dos supuestos que, no obstante, siguen tratándose en la práctica del foro como motivos de fuerza mayor<sup>10</sup>: en su vertiente más clásica o estricta quedará cerrado el paso a la eventual incorporación de razones de crisis o de índole empresarial, al especificarse que el acontecimiento extraño capaz de justificar el uso de esta vía de despido había de ser “semejante” a los fenómenos de la naturaleza o a los episodios de origen externo a la empresa mencionadas por el legislador (art. 76.6<sup>a</sup>); como añadido al cuadro legal precedente se incorpora, en apartado separado, la “cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada, conforme a disposiciones en vigor” (art.76.7<sup>a</sup>).

De este modo, y aunque solo fuera en los supuestos de clausura de centro de trabajo (en referencia únicamente a la causa de extinción), cabrá asistir al desmembramiento causal de hecho, aun a costa de una doble acepción de la fuerza mayor como instituto, llamando a acoger a la nueva manifestación como una variante atípica a la cual cabía aplicar sus rasgos más salientes aunque fuera a través de una notoria relajación de los cinco elementos cardinales en ese momento comunes<sup>11</sup>:

1. Inimputabilidad. Pues, a riesgo de atribuir a la diligencia una dimensión subjetiva pura, no cabrá identificarla con la ausencia de culpa, capaz de conducir a una conclusión errónea: lo opuesto al esfuerzo no es su falta, la desidia, la negligencia, sino el no esfuerzo, la no atención, el no cuidado, en tanto tal negación puede ser no sólo calificable de culpa, sino también de dolo. La negación de una negación (culpa) es algo positivo (diligencia); la negación de lo positivo, su ausencia. Todo ello bajo el riesgo de sacrificar la noción de imposibilidad al quedar absorbida en la valoración del esfuerzo incluido en cada obligación.

producción”, en AA.VV., *Tratado de despido colectivo* (M. Godino Reyes, Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 116 y 117.

<sup>5</sup> Coincidiendo en el adjetivo y su valoración de concepción amplia y flexible, Gallart Folch, A., *Derecho español del Trabajo*, Labor, Barcelona, 1936, pp. 83 y 84 y Murcia Clavería, A., *El despido en España. Una perspectiva histórica*, Comares, Granada, 2014, pp. 21-48.

<sup>6</sup> Así figura en la justificación de Castán Tobeñas, J., *La nueva regulación de los Jurados Mixtos*, Reus, Madrid, 1963, p. 198.

<sup>7</sup> De singular interés, Rodríguez Piñero, M., “El régimen jurídico del despido. Leyes de Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos”, *Revista de Política Social*, 77/1968, pp. 40, 43 y 47 o, con mayor detalle aún, “El despido en el Derecho de la II República”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Giménez Fernández*, Facultad de Derecho/ Universidad de Sevilla, Sevilla, 1967, pp. 465 y 466.

<sup>8</sup> Desdentado Bonete, A., “La delimitación legal del despido colectivo”, en AA.VV., *Tratado de Despido colectivo*, cit., p. 31.

<sup>9</sup> Sobre la imbricación entre causa y consecuencia procedimental y la posible separación, también a estos efectos, entre la fuerza mayor propia e impropia, Alonso Olea, M., *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 61.

<sup>10</sup> Mostrándolo, Fernández Domínguez, J.J., *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 199-200.

<sup>11</sup> Fernández Domínguez, J.J., *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, cit., pp. 46-77.

Por tal razón, será siempre menester distinguir entre el ámbito normativo de la inimputabilidad, ligado a la diligencia, y el propio de la imposibilidad, que surge a su margen. De este modo, la imputabilidad aludirá a la causa de la imposibilidad sobrevenida, y no al incumplimiento, llevando a aquilatar los dos campos en los cuales la diligencia es relevante: de un lado, la determinación del exacto cumplimiento (o de su falta) en las obligaciones de hacer que demandan una satisfacción diligente; de otro, la imputabilidad de la causa que determina la imposibilidad sobrevenida en toda clase de obligaciones, y ello sin perjuicio de supuestos especiales en los cuales concurren un acaecer fortuito y la conducta culposa del deudor o la necesidad de realizar los actos necesarios tendentes a evitar la agravación de los efectos de aquél.

2. Imprevisibilidad. A apreciar en todo cuanto excede del ámbito de riesgo asignado al deudor; operación, en principio, también vinculada a la diligencia, en tanto le corresponderá el aparejado a su modelo de conducta y, por tanto, hará referencia a la atipicidad del suceso frente al contemplado como tipo por la norma, para mostrar cuanto separa al “suceso-daño” del “suceso-incumplimiento”.

Factor de racionalidad, entendido como dicta la experiencia, que puede servir como criterio operativo para concretar si un determinado acontecer debió ser (o no pudo ser) anticipado por el deudor, vinculándolo a la posibilidad y frecuencia con la que ha lugar, sin prescindir nunca del concreto grado de compromiso exigible a la contraparte y de la naturaleza de la obligación incumplida. Teniendo presente, además y siempre, que lo previsible no puede quedar circunscrito a cuanto lo era al tiempo de adquirir el compromiso, sino que también se predica de cualquier momento posterior en el desarrollo del contrato laboral, en cuanto esta nota viene a ser demandada según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

3. Inevitabilidad. Al igual que los requisitos anteriores, no se trata de un concepto absoluto, sino signado de relatividad, variable de contrato a contrato precisamente en función de las concretas obligaciones asumidas y de las circunstancias bajo las cuales se presenta. De este modo, debe venir referido, una vez más, a los límites de la racionalidad y orden común de las cosas, lo cual le da un carácter relativo y elástico, para considerar inevitable no un suceso que materialmente lo sea, sino este corregido a través del concepto de diligencia exigible, para, salvo previsión en contrario, entender como tal la atribuida a un “buen padre de familia”. De este modo, si bien algunos acaecimientos hubieran podido ser evitados a través de una *exactissima diligentia*, es obvio que ello no enerva su eventual calificación como inevitables, por cuanto no cabe exigir al deudor que ponga en juego un grado de cuidado excepcional o desproporcionado, bajo el peligro de romper el equilibrio natural de las cosas, desnaturalizando su posición jurídica.
4. Imposibilidad. En teoría cabría pensar que este rasgo es un simple *posterius* de un acontecimiento ya plenamente confirmado por el resto de los examinados (en cuanto tal, auténtico *prius*); sin embargo, nada más alejado de la realidad, pues mientras no medie semejante imposibilidad, poco importa que el suceso producido no fuera susceptible de anticipación, resultará invencible o no fuera factible relacionarlo con la voluntad del deudor. Su delimitación, con todo, no resultará siempre fácil, en tanto exigirá atender a diversas categorías contrapuestas: original/sobrevenida, definitiva/temporal, total/parcial o absoluta/relativa.
5. Relación causal suficiente entre el incumplimiento de la obligación y el acontecimiento que la produjo, incluidos los supuestos de concatenación causal,

en el entendimiento de que los casos de concurrencia de motivos deben ser resueltos a partir del criterio de causalidad adecuada, en virtud del cual, y a la hora de imputar responsabilidad, solo ha de ser relevante lo que es normalmente regular en el curso de los hechos según la experiencia general.

La autonomía nominal, o definitiva separación, entre estas dos especies significativas acaece bajo el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo. Encargado de dar forma a las directrices y principios fundamentales que contenía el III Plan de Desarrollo aprobado por Ley 22/1972, de 10 de mayo, especifica ya (y desarrollará más tarde la Orden de 18 de diciembre de 1972) que la extinción (y también la suspensión) podía fundarse con carácter general “en causas tecnológicas o económicas” (art. 7), con la precisión adicional de que también podía traer causa en “razones técnicas o económicas” si el despido tenía lugar en el contexto de un proceso de reestructuración de grupos o sectores de actividad (art. 23)<sup>12</sup>.

El camino quedaba expedito para que cuanto se había ido pergeñando acabara rematándose en dos textos legales de la transición, donde desaparece cualquier referencia a fuerza mayor y, con plena autonomía, figura la categoría relativa a las razones empresariales (“técnicas, organizativas o productivas” o “tecnológicas” y “económicas”), para justificar no solo la extinción, sino la suspensión y hasta la movilidad geográfica o determinadas modificaciones sustanciales del contrato de trabajo en los arts. 22 y 24 Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales y 39 y 45 Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo sobre Relaciones de Trabajo.

El esquema se mantiene en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, y desde aquel texto primigenio pervive hasta la actualidad, aun cuando bien cabría sostener con firmes argumentos que tan solo obra una separación total con la reforma de 1994, a partir de las exigencias derivadas de la flexibilidad y bajo la vinculación a las Directivas vigentes en aquel momento. En ese tiempo intermedio el entronque con la fuerza mayor sigue siendo palmario de acudir a la aplicación judicial y, en particular, al criterio administrativo sostenido por la Dirección General de Trabajo, llamado a acompañar el contenido legal con una doctrina firme que exigía, para poder apreciar tales causas, unos índices muy parecidos a cuantos definen la fuerza mayor, susceptibles de ser resumidos en las cuatro razones que abogaban por su carácter objetivo (generadora de verdadera imposibilidad y no imputable a quien la invoca), real (debidamente acreditada en los extremos anteriores), suficiente (de carácter permanente o con entidad bastante, no estrictamente puntual o coyuntural) y actual (ya constituido en el momento de tramitar el expediente)<sup>13</sup>.

Entronque capaz de ilustrar sobre la primera de las premisas enunciadas: el carácter dinámico y creativo del instituto de la fuerza mayor durante una parte significativa de la historia del ordenamiento social<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Montoya Melgar, A., “La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España”, *Revista de Política Social*, 118/1978, pp. 45-68.

<sup>13</sup> Sobre la conformación de estas notas y su entronque con la fuerza mayor, así como su proyección sobre la doctrina de los tribunales en aquella época, García Tena, J. y Alarcón Beira, F., *Regulación de empleo. Causa y procedimiento*, Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, 1981, pp. 25-45 y García Tena, J. y Alarcón Beira, F., *Regulación de empleo: Jurisprudencia*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984.

<sup>14</sup> Ortiz Lallana, M.C., *La extinción del contrato por imposibilidad física de cumplimiento*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, pp. 85 y ss.



## 2. EL FACTUM PRINCIPIS COMO ESPECIE SIGNIFICADA Y ELEMENTO DINAMIZADOR DE LA FUERZA MAYOR

Escribía un ilustre civilista belga a comienzos de siglo que la categoría del *fait du prince* es, seguramente, uno de esos referentes jurídicos provisionales en los que se incluyen, en principio, los casos sorprendentes, por cuanto vienen a hacer una excepción frente a las ideas recibidas; después, se descubre que estos casos son dispares y que seguramente valdría más estudiar cada uno en su peculiaridad<sup>15</sup>.

Confirmando tal parecer, esta especie significada de fuerza mayor aparece firmemente asentada a nivel internacional para recoger toda decisión del poder o de la autoridad pública imprevisible y/o inevitable que recae sobre la esfera de la autonomía privada dificultando o imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes<sup>16</sup>. Noción bajo la cual subyacen tres requisitos fundamentales<sup>17</sup>:

1. Una decisión de la autoridad o del poder público, debiendo entender estos términos en su más amplio sentido, de modo que, por una parte, el agente sea cualquier órgano que ejercite ese poder de manera legítima, tanto legislativo como ejecutivo y judicial, considerando autoridades a cualesquiera de las situadas en la estructura de cada uno de ellos; por su parte, y en congruencia con lo anterior, en el término decisión habrán de tener cabida no solo las leyes y otras disposiciones normativas, sino las resoluciones judiciales y los actos administrativos siempre y cuando mantengan una mínima apariencia de legalidad.

2. La medida ha de ser, respecto a terceros, imprevisible y/o inevitable, provocando la dificultad o imposibilidad para el cumplimiento de las prestaciones de las partes –de una o de ambas– que, en cuanto particulares, no contaron (aplicando siempre el debido esfuerzo diligente) con esa inmisión de la autoridad en su esfera particular.

3. En fin, la decisión ha de recaer sobre la empresa, de forma directa o indirecta, pero en cualquier caso grave, al punto de enervar la continuidad en su normal funcionamiento. Este condicionante lleva implícitos otros tres: debe provocar la imposibilidad de cumplir la prestación a que se comprometieron las partes (normalmente el empresario, pero en algunos casos también el trabajador); tiene que afectar a la unidad productiva de modo definitivo (si bien existen supuestos temporales que justifican la extinción del contrato), de lo contrario solo tendrá efectos suspensivos o permitirá acudir a distintas medidas de flexibilidad interna; por último, este obstáculo nunca habrá de poder ser imputado (juicios de inevitabilidad e imprevisibilidad, de nuevo) a quien se ve forzado a incumplir.

A partir de este triple elemento cabrá constatar los vínculos que mantiene como la fuerza mayor, susceptibles de ser reconducidos a la apuntada relación de género a especie dotada de entidad propia y que, no por casualidad, aun cuando manteniendo una virtualidad operativa constante en todo momento, emergen con especial incidencia cuando las razones empresariales abandonan ese lugar de fuerza mayor impropia para ganar autonomía, permitiendo afirmar que por esta vía el instituto aquí analizado ha ido incorporando matices nuevos de interés que lo remozan de continuo<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Hauriou, M., “La doublé nature de la concession de tramways: à la fois réglementaire et contractuelle Note sous Conseil d’Etat 11 mars 1920”, reproducido en *Revue Générale du Droit on line*, 14928/2015, en <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/02/11/la-double-nature-de-la-concession-de-tramways-a-la-fois-reglementaire-et-contractuelle/>.

<sup>16</sup> Bianca, C.M., *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, Zanichelli, Roma, 1979, p. 110.

<sup>17</sup> De la Villa Gil, L.E., “El *factum principis*”, en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo* (G. Bayón Chacón y M. Alonso Olea, Coords.), Facultad de Derecho/Universidad de Madrid, Madrid, 1970, pp. 105-112.

<sup>18</sup> De la Villa Gil, L.E., “El *factum principis*”, cit., pp. 109-110; ratificando la idea con una perspectiva de varias décadas, Monereo Pérez, J.L., “Nota introductoria al estudio. El *factum principis*”, en AA.VV., *Derecho del*

Así cabrá comprobarlo a partir de los supuestos recogidos de los tribunales en los cuales ha sido apreciada su operatividad suspensiva o extintiva sobre las relaciones laborales, que componen un panorama de lo más variopinto, con muestras tales como<sup>19</sup>:

1. La suspensión de pagos por parte del órgano público competente.
2. La detención indebida de mercancías que repercute sobre la actividad de la empresa.
3. La suspensión de obras o actividades que no obedezcan a una causa justificada o hayan sido impuestas por autoridad incompetente o a través de un procedimiento inadecuado, incluso si la decisión es genérica y no va dirigida al emprendedor a título singular.
4. La revocación sorpresiva e inesperada de licencias.
5. El incumplimiento reiterado de promesas de revisión del precio público del producto o servicio que el empresario ofrece a la Administración.
6. La modificación en el planeamiento urbanístico que suponga, por ejemplo, la pérdida de clientela.
7. El rescate o revocación de concesiones o de otras figuras contractuales de gestión de servicios por razones de interés público, sin agotar su plazo y sin mediar incumplimiento alguno. Con carácter general, además, la resolución unilateral de contratos por la Administración sin motivos que lo justifiquen.
8. La aplicación de convenios internacionales (o de normas regionales con igual valor) que lleve aparejada, como efecto derivado, la supresión de determinadas empresas.
9. La concurrencia de algunas circunstancias en la persona del trabajador que pueden obedecer a una variada tipología, tales como: su detención cuando no fuera imputable a la falta o delito que motivó la misma; la retirada de permisos de residencia, de trabajo, de conducir, pilotar o navegar u otros certificados obligatorios de profesionalidad sin obrar acto alguno que lo motive; la prohibición de que el empleado continúe en la unidad productiva si no puede ser imputada por conducta ilegal alguna; o, sobre todo, la exigencia de nuevos requisitos para el ejercicio de actividades que antes venían desempeñándose sin ellos. La práctica totalidad de los ordenamientos, sin embargo, atendiendo a la reciprocidad del contrato, prefieren eludir su esencia, o confundirla, arbitrando la solución por incumplimiento en vez de por imposibilidad.
10. La incapacidad del empleador cuando su persona o aptitud técnica resulten decisivos para la marcha de empresa. Con todo, habrá de reconocerse que estos supuestos serán extraordinarios, pues, en la mayor parte de las ocasiones, la vinculación con la continuidad del negocio como norte legal no es tan clara y suele venir acompañada de situaciones transitorias a partir de las cuales cabe colegir una cierta previsibilidad.
11. Mientras las requisas militares (relacionadas o no con estados de necesidad), ocupaciones temporales de bienes (en sí mismas, y *a priori*, conducentes a la suspensión del contrato de trabajo) o la transferencia coactiva de bienes fungibles nunca han suscitado mayor debate en torno a su calificación como hecho del príncipe, la expropiación forzosa sí ha originado un amplio debate entre la doctrina.

*Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (M.C. Palomeque López e I. García-Perrote Escartín, Dirs.). Centro de Estudios Financieros-CEF, Madrid, 2006, pp. 1107-2006.

<sup>19</sup> Un elenco acabado en Fernández Domínguez, J.J., "*Factum principis*", en AA.VV., *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (A.P. Baylos Grau, C.F. Thomé y R. García Schwarz, Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 936.

Esta –y las diversas normas estatales– considera mayoritariamente, al final, que debe incluirse en la variante analizada de fuerza mayor, vía expediente expropiatorio, pues puede resultar insuficiente cuando la indemnización no llegue a compensar al empresario de la pérdida sufrida (pues no se extiende al *lucro cessans* derivado, por ejemplo, de la pérdida de clientela, cambio de proveedores, dificultades personales para organizar la actividad en otro sitio, etc.), y tampoco es seguro que pese sobre aquel la obligación de utilizar las indemnizaciones para reorganizar su sistema productivo.

12. En un mundo cada vez más global, la ruptura de contratos internacionales que, por cambio en la situación de un Estado, lleguen a comprometer la viabilidad de una empresa.
13. En fin, cualquier reforma legal que impida o haga excesivamente oneroso continuar con la actividad (mucho más claramente si supone la prohibición de un quehacer anteriormente permitido), según ha ocurrido, a modo de mera muestra y en distintos países, con las alteraciones de industria que impiden entregar al local arrendado o llevan a rescindir el contrato civil o mercantil de cesión del inmueble.

Precisamente es esta intervención de un tercero dotado de autoridad, paradigma de la nueva fuerza mayor impropia<sup>20</sup>, la que adquirirá singular protagonismo durante la pandemia causada por el SARS-CoV-2. Lejos de tratarse de una medida coyuntural, como respuesta puntual al momento crítico, el legislador aprovechará los aspectos positivos de su aplicación para dotar a este *factum principis* de nuevo cuño de un lugar estructural en el modelo de relaciones laborales recompuesto durante el paulatino regreso a la normalidad.

### 3. LA DUCTILIDAD ACTUAL DE LA FUERZA MAYOR A TRAVÉS DEL *FACTUM PRINCIPIS*: DEL USO NECESARIO AL EXCESO EVIDENTE

Aun cuando la alteración de la salud de carácter colectivo<sup>21</sup>, incluyendo las secuelas bajo la forma de “falta de materia prima”, habían sido analizadas por la doctrina como supuestos de fuerza mayor capaz de llevar a la modificación, suspensión o extinción del contrato de trabajo<sup>22</sup>, la entidad que alcanzan a resultas de la incidencia de la COVID-19 sobre la vida social, económica y laboral quedaba fuera de toda previsión, imponiendo el recurso a medidas extraordinarias que, en toda Europa y de una u otra forma, quedaron vinculadas al concepto de fuerza mayor<sup>23</sup>.

También en España, tras algunas vacilaciones y con las miras puestas en las soluciones que se iban alcanzando en otros ordenamientos<sup>24</sup>, el art. 22 RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, vino a reabrir una dimensión nueva del instituto analizado cuando sienta que las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tuvieran su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de

<sup>20</sup> Poquet Catalá, R., “Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva”, *IUSLabor*, 2/2015, p. 6.

<sup>21</sup> Jourdan, M., “La forcé majeure et le contrat de travail (“Première approche”) y Nayer, A., “Impossibilité pour l’employeur d’exécuter les obligations convenues”, ambos en AA.VV., *Permanence du Droit Civil en Droit du Travail* (E. Vogel-Polsky, Dir.), Universidad de Bruselas, Bruselas, 1983, pp. 34 y p. 71 (nota 31), respectivamente.

<sup>22</sup> Fernández Domínguez, J.J., *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, cit., pp. 140-142 y 156-158.

<sup>23</sup> Van Zuylen, J., “Coronavirus et forcé majeure: questions choisies”, *Revue Générale du Droit Civil Belge*, 7/2020, pp. 382-400.

<sup>24</sup> Vila Tierno, F., “Algunas referencias al RDL 18/2020. En especial a los conceptos de fuerza mayor total y parcial”, *Revista de Estudios Jurídicos (Segunda Época)*, 20/2020, p. 581.

alarma, e implicaran la suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidieran gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, siempre y cuando quedaran debidamente acreditados, habrían de tener la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias derivadas del art. 47 ET.

*Ministerio legis* hubo lugar a la declaración de un supuesto especial y específico de *vis maior*, tanto por su origen en la pandemia como por su proyección, referida en sentido estricto a la suspensión del contrato y la reducción de jornada, nunca a la extinción. Aspectos, ambos, que quedaron meridianamente patentes en el art. 2 RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados de la COVID-19.

El precepto en cuestión no solo mostraba su vinculación sustancial a la etapa de crisis, como medida trascendente para ayudar a solventarla, sino que, en atención a este espíritu, introdujo una prohibición de realizar despidos o extinciones por razones empresariales, aun cuando se tratara de una medida limitativa “más aparente que real”<sup>25</sup>, pues no recogía una protección genuina, sino un encarecimiento del coste económico del despido<sup>26</sup>. Más aun, con la evolución de la propia situación sanitaria, mostró la adaptabilidad bastante para dar pie a una distinción ciertamente poco frecuente en la práctica (no así en la teoría, donde se ha venido barajando como hipótesis de análisis), cual es la que obra entre fuerza mayor total o parcial a partir de lo dispuesto en el RDL 18/2020<sup>27</sup>.

Importantes matices que, con ligeras adaptaciones, mantienen su virtualidad operativa a lo largo de toda la pandemia, actuando como verdadero elemento nuclear de la flexiseguridad en aquel momento. Pero, por encima incluso de tal dato, capaz de mostrar la recreación de una noción específica de fuerza mayor para hacer frente a la COVID-19 y, como tal, dotada de un régimen singular y distinto, cuanto importa reseñar como más trascendente viene dado por el hecho de que, a partir de la constatación del éxito en aquel empeño, el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, decida transfundir aquella experiencia y dotar a la fuerza mayor temporal surgida para cubrir una situación coyuntural de un lugar estructural en el seno de la norma, ubicándola dentro del art. 47 ET en párrafo separado, para así proporcionar un resultante final con dos posibles procedimientos de regulación temporal de empleo por fuerza mayor en la actualidad: el primero, localizado en el apartado 5 y obediente a su sentido ordinario o común; el segundo, situado en el apartado 6 y destinado a recoger la fuerza mayor extraordinaria que traiga causa en la decisión adoptada por la autoridad pública competente capaz de impedir o limitar la actividad normal de la entidad.

<sup>25</sup> Cavas Martínez, F., “Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda del empleo en la legislación social anti-Covid: o el canon que han de soportar las empresas por las medidas laborales y económicas para mitigar el impacto de la pandemia por Covid-19”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 241/2021, pp. 29-64.

<sup>26</sup> Expresivos los términos utilizados por Lahera Forteza, J., “Flexiseguridad laboral en la crisis del coronavirus”, en AA. VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 206.

<sup>27</sup> Beltrán de Heredia Ruíz, I., “RD Ley 18/2020 y ERTE: ¿La fuerza mayor puede ser parcial? Y ¿puede exigirse el reingreso?” o “ERTE y fuerza mayor parcial: valoración crítica de los criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo”, en Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entradas de 18 mayo 2020 y 1 junio 2020, en <https://ignasibeltran.com/blogs-imprescindibles/> o Vila Tierno, F., “Algunas referencias al RDL 18/2020. En especial los conceptos de fuerza mayor total y parcial”, cit., pp. 583-588.

Queda consagrada, por tanto, una nueva fuerza mayor que en su momento definiera como “de creación legal y concreción administrativa”; por oposición al instituto en su versión tradicional, “vinculada a unas circunstancias concretas de carácter cambiante que son decididas en cada caso por ley”.

Por tal motivo, aquel *factum principis* que se presumía tan excepcional como coyuntural y cuya delimitación exigió la continua guía de criterios administrativos (no vinculantes y en ocasiones polémicos) y precisiones judiciales<sup>28</sup> para resolver los frecuentes problemas de encabalgamiento causal<sup>29</sup>, lejos de aquel carácter aparente, muda otra vez su faz.

En este sentido, bien cabría pensar que el concepto clásico de hecho del príncipe tiene más que ver con resoluciones administrativas o disposiciones normativas singulares que con leyes de general aplicación. Hilando más fino, procedería justificar en la urgencia el desdoblamiento del concepto jurídico para afrontar una situación extraordinaria, cabiendo esperar el retorno a su esencia habitual con la vuelta a la normalidad, a riesgo de desfigurar la noción al forzarla en exceso e innecesariamente<sup>30</sup>.

En uso de su soberanía, no lo ha entendido así el actor de la reforma acometida entre finales de 2021 y comienzos de 2022, pues lo excepcional y coyuntural se asienta para evitar vacíos normativos como el detectado en la crisis sanitaria. Aunque con algunas dificultades de encaje en el sector público<sup>31</sup>, o en quienes actúan como empresas contratistas del mismo<sup>32</sup>, lo cierto es que su éxito hacía augurar que el conjunto de soluciones ensayadas (inseguridad jurídica de por medio) no iban a caer en saco roto y su experiencia habría de servir para convertir lo provisional en una lección aprendida<sup>33</sup>, incorporando a la norma un mecanismo disponible con carácter permanente que ha mostrado su eficacia a la hora de preservar el tejido empresarial ante escenarios críticos.

Obra así la ordenación de un procedimiento de regulación temporal de empleo *ad cautelam*, para proporcionar cobertura a esos supuestos de fuerza mayor temporal “determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa

<sup>28</sup> Una selección expuesta con rigor en Sierra Hernáiz, E.: “La suspensión y reducción de jornada laboral como mecanismo para preservar el empleo; los –así llamados– ERTES (artículo 47 ET)”, en AA.VV., *Crisis económica y empleo: la experiencia jurídica aplicativa de las últimas reformas laborales* (J. García Blasco y A.L. De Val Tena, Dirs.), Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2021, pp. 411 y ss.

<sup>29</sup> Un repaso exhaustivo de tales interpretaciones, por ejemplo, en Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “Adaptación y reducción de jornada por fuerza mayor: conciliación y ajuste de plantillas durante la pandemia”, en AA.VV., *Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID-19*, (J.M. Gómez Muñoz, Ed., y M.J. Rodríguez Ramos, Coord.), Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 280-290; González González, C., *ERTES y transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la crisis de la COVID-19*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2020, pp. 456-465 o Mercader Uguina, J.R. y De La Puebla Pinilla, A., “Expedientes de suspensión y de reducción de jornada por fuerza mayor derivados del COVID-19”, AA.VV., *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social* (C. Aragón Gómez, Coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2020, pp. 47 y ss.

<sup>30</sup> Interesante el discurso en este punto de Pedrosa González, J.: “El concepto de fuerza mayor en la suspensión temporal de contratos de trabajo (ERTES) derivados de la situación de pandemia por COVID-19”, en AA.VV., *Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID-19*, cit., pp. 199 y 200.

<sup>31</sup> Vázquez Beltrán, A., “Los expedientes de regulación temporal de empleo, por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, en las empresas públicas: el difícil encaje de la normativa laboral en el sector público empresarial”, en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso anual de la AEDTSS*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, pp. 137-152.

<sup>32</sup> STS 25 enero 2021 (rec. 125/2020). Un comentario imprescindible para comprender el problema subyacente en García Murcia, J.: “Suspensión de contratos de trabajo por causa de fuerza mayor en el contexto de la pandemia COVID-19”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1/2021, en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001183](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001183) y Cavas Martínez, F., “Las empresas contratistas del sector público pueden tramitar un ERTE por fuerza mayor vinculada al COVID-19 y solicitar, si procede, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3/2021, en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001242](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001242).

<sup>33</sup> Cordero González, J., “Derechodemia laboral y COVID-19: diques de contención ¿provisionales? frente a un desbordamiento oceánico”, *Trabajo y Derecho*, 66/2020.

que sean consecuencia de decisiones aceptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública”.

*Factum principis*, por tanto, concebido ahora con la amplitud tradicional que ya recogían las decisiones administrativas de cualquier índole adoptadas de manera regular, y que desde luego cabe entender y extender a decisiones legislativas sin poner ningún límite *a priori* por razón del ámbito de afectación de la norma; bastando, por consiguiente, con que quien la adopte tenga competencia al efecto.

Descubierto el filón de atender a lo excepcional por esta vía, el legislador no duda en utilizarla para culminar también su apuesta por la flexibilidad interna; dotándola, igualmente, de un marco extraordinario pero estable que la voluntad política (el Consejo de Ministros) podrá poner en funcionamiento ante coyunturas macroeconómicas desfavorables, en esencia estrictamente temporales, o para afrontar cambios permanentes en un ámbito funcional determinado a través de procesos sectoriales de transición que requieran iniciativas de recualificación profesional.

El Mecanismo RED recoge los escenarios precedentes bajo dos modalidades diferenciadas: la cíclica y la sectorial.

La primera de ellas, bautizada con el adjetivo que asume una perspectiva muy concreta del sistema capitalista, responde a la idea de la existencia de circunstancias que, a intervalos más o menos periódicos, impactan sobre la economía para abrir una etapa de recesión o crisis que requiere de actuaciones concretas para la reactividad y vuelta a la prosperidad. La norma acude a unos términos deliberadamente amplios, con el propósito indudable de otorgar un margen generoso al Gobierno a la hora de poder utilizar este recurso. Entiende, de este modo, que cabrá recurrir al Mecanismo cuando “se aprecie una coyuntura económica general que aconseje la adopción de instrumentos de estabilización”.

La discrecionalidad es máxima a la luz de los tres factores fundamentales que enuncia: de un lado, la “coyuntura macroeconómica general” no encuentra referencia temporal concreta (pudiendo ser el ciclo a considerar más o menos amplio), ni las variables relevantes a sopesar en cada ocasión para valorar la situación económica, ni siquiera el grado de generalidad o extensión territorial y funcional precisos; de otro, los “instrumentos adecuados adicionales de estabilización” admiten una enorme diversidad de niveles de intervención o una gama extensa de condiciones exigibles a las empresas para poder acogerse a sus beneficios; por último, el término ‘aconseje’ resulta definitivo a la hora de mostrar la carga valorativa que encierra la medida, así como a quien corresponde apreciarla.

Recupera, de este modo, la esencia de aquel *factum principis* (el segundo elevado a categoría autónoma tras el recogido ahora como causa de fuerza mayor temporal en el art. 47.6 ET) que describiera con detalle la doctrina, ubicándolo dentro de los actos de superior discrecionalidad, semejante a la adopción de cualquier medida de desarrollo legal, pero sin muchos de sus óbices y cortapisas.

\* \* \* \* \*

En un fantástico artículo, allá por 2002, reflexionaba el aquí y ahora homenajeado sobre el peligro de tomar las cosas bajo el aspecto lineal que aparentan, o en exceso determinadas en sus presupuestos y consecuencias como para justificar cambios radicales<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> González Ortega, S., “Cuestiones actuales (y no tanto) del Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, 64/2002, pp. 10-12.

Aprovechando la lección, bien cabría sostener aquí y ahora que del uso prudente al abuso evidente hay un trecho cuya distancia conviene no apurar; en la ocasión, ningún esfuerzo hubiera costado aprovechar la experiencia exitosa de pasado y acompañarla en un trato un poco más riguroso del instituto de la fuerza mayor.

**LA DIFÍCIL COYUNTURA DEL DERECHO DEL TRABAJO:  
UN PRESENTE CONTINUO**

JESÚS R. MERCADER UGUINA

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

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. “LA DIFÍCIL COYUNTURA DEL DERECHO DEL TRABAJO”
2. LA DIFÍCIL COYUNTURA CONTINÚA: EL LENTO CAMINO DE LAS REFORMAS EN RESPUESTA A LAS CRISIS
3. LAS NUEVAS Y COMPLEJAS COYUNTURAS DEL DERECHO DEL TRABAJO
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: INSTALADOS EN LA DIFÍCIL COYUNTURA



## 1. “LA DIFÍCIL COYUNTURA DEL DERECHO DEL TRABAJO”

Recuerdo con nitidez la influencia que en los primeros compases de mi carrera investigadora tuvo la lectura del artículo del Profesor González Ortega: “*La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo*”, publicado a finales de 1987 en la revista de referencia en aquel momento: *Relaciones Laborales*. El mismo tenía su origen en la Memoria presentada en el Concurso para la provisión de la Cátedra de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Málaga y resultaba, por tanto, una reflexión profunda, como era requerida en esos exigentes ejercicios, sobre la concepción personal del autor de esta materia. Lector ávido como era en ese momento inicial de mi carrera de todas las ideas aportadas por los grandes maestros, su lectura fue fundamental dado que en aquellos días andaba obsesionado con la necesidad de encontrar el adecuado rumbo metodológico para afrontar la lógica propia del Derecho del Trabajo. Por ello, quiero utilizar estas páginas dedicadas a homenajear al autor de esta obra, para reflexionar sobre su sentido y actualidad.

Se trataba de un estudio sobre la “coyuntura” entendida ésta como el conjunto de nexos de unión que, combinando diversos factores y circunstancias, caracterizan una situación en un momento determinado, proyectada, en este caso, sobre la configuración del entero sistema de relaciones laborales y, más en concreto, sobre el orden jurídico sobre el que se sustenta: el Derecho de Trabajo. En él se realizaba una aguda aproximación al conjunto de problemas que en el momento de su publicación aquejaban al referido marco regulatorio: “*de un lado, la adaptación del Derecho del Trabajo a los cambios producidos en la organización del sistema político y la construcción de un nuevo sistema de relaciones laborales; y, de otro, la repercusión en las instituciones nucleares del ordenamiento jurídico-laboral de la crisis económica y de las transformaciones del sistema productivo*”. Han transcurrido muchos años, pero las ideas plasmadas en aquel trabajo y sus propuestas de futuro no han variado esencialmente. Se podría decir, con Romagnoli, que estamos ante un pasado que no pasa.

El estudio, cargado de elegancia y profundidad, me trasladó una visión acabada del complejo mundo de las relaciones laborales en su dinámico devenir. Aproximación que, poco tiempo después, me permitió un acercamiento más completo a las investigaciones del profesor González Ortega y, muy en particular, a sus trabajos en materia de negociación colectiva que tan esenciales serían en la elaboración de mi Tesis Doctoral y de forma especial su: *Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva*. Aunque su influencia doctrinal es decisiva en campos como la Seguridad Social y la Prevención de Riesgos Laborales, en los que sus aportaciones son imprescindibles para entender estos ámbitos esenciales de lo social, lo cierto es que siempre me han interesado sus inteligentes construcciones conceptuales de las grandes categorías laborales y las relativas a las interacciones del sistema de fuentes en el que la negociación colectiva constituye su nervio vertebrador. Podríamos decir que también sus estudios en esta materia me ayudaron a entender y comprender la coyuntura de la negociación colectiva.

Puedo decir, por todo ello, que mi conexión científica con el Maestro de una brillante escuela de investigadores se encuentra en las bases mismas de mi desarrollo profesional. Una relación que alcanzó plena conexión personal, años después, cuando me regaló la posibilidad de acompañarle en la Universidad Carlos III de Madrid. Pronto se cumplirán veinte años desde aquellos días y como en el libro que entonces le dediqué decía, esa incorporación supuso para mí, en hegeliana expresión, uno de los “domingos de mi vida”. Una gratitud que se acrecienta día a día pues está siendo un verdadero lujo para mí ligar la parte esencial de mi carrera profesional a una entidad en la que el Profesor González Ortega marcó su impronta.

La obra del profesor González Ortega que citaba al inicio concluía su reflexión abrazando el conjunto de problemas laborales a los que se enfrentaba el ordenamiento laboral a finales de los años ochenta del siglo pasado. Unos años que, como refleja el autor, marcaron hitos fundamentales en el diseño y consolidación del modelo democrático de relaciones laborales y cuyas señas de identidad más características se identificaban como la siguientes: *“En primer lugar, la caracterización del sistema de relaciones laborales con atención a los sujetos colectivos protagonistas del mismo, a los instrumentos centrales de ese sistema, su estructura y relación, y a los mecanismos de gestión y administración y de solución de los conflictos. En segundo lugar, una revisión del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo que atienda fundamentalmente el nuevo papel de la regulación estatal y su relación con los instrumentos colectivos. Por lo que a la aplicación de las normas laborales hace referencia, una reconsideración de los principios que se han considerado hasta el momento nucleares o característicos del Derecho del Trabajo, en relación, fundamentalmente, a la negociación colectiva (norma mínima y condición más beneficiosa adquirida) y un análisis de su funcionalidad actual y de sus límites. En tercer lugar, una reflexión acerca de los criterios distintivos del trabajo por cuenta ajena en relación a las nuevas formas de prestación del trabajo. La recuperación de espacios para la autonomía individual y la reestructuración de la situación de las partes en el contrato atendiendo a las nuevas formas de producirse los poderes y facultades empresariales y los instrumentos de protección de los derechos del trabajador en el seno del mismo. El poder disciplinario, la denominada nueva subordinación, la tutela de la profesionalidad y de los derechos fundamentales del trabajador, son todas cuestiones a considerar. En cuarto y último lugar, una reflexión acerca del papel de la Jurisdicción Social en la solución de los conflictos individuales y colectivos de trabajo en relación a los sistemas autónomos establecidos por las propias partes a ese mismo fin”*.

## **2. LA DIFÍCIL COYUNTURA CONTINÚA: EL LENTO CAMINO DE LAS REFORMAS EN RESPUESTA A LAS CRISIS**

### **2.1. El Derecho del Trabajo de las crisis económicas**

Esa compleja y difícil coyuntura se ha venido manteniendo al largo de los años que sucedieron al estudio que aquí glosamos<sup>(1)</sup>. Buen ejemplo de ello es el conjunto de cambios y transformaciones que se producirán en el decenio de los noventa del siglo pasado. La plena integración de España en la Unión Europea es sobrepasada por la aceleración de los procesos de globalización. De la misma manera, la terciarización de la economía española se intensifica y se asiste a la transformación del modelo de empresa de gran organización por el de la “empresa-red”, descentralizada y diseminada por territorios locales, nacionales y supranacionales. La automatización de la industria y la informatización de la sociedad avanzan; el modelo productivo, casi por primera vez en la historia de nuestro país, se comporta en consonancia y con expectativas similares a las de los países de su entorno.

La reforma laboral del año 1994 retiró muchas de las facilidades que habían venido concediendo sus precedentes a las empresas en materia de contratación temporal, las cuales habían producido una profunda segmentación del mercado de trabajo y cambios rápidos y bruscos en el volumen de la población ocupada. Por otro lado, la misma reforma liberalizará diversos aspectos del régimen jurídico de la relación individual de trabajo, ampliando considerablemente el terreno de juego de la «movilidad laboral interna». En este mismo

---

<sup>1</sup> De gran interés son las reflexiones sobre este periodo realizadas por A. Martín Valverde, *Derecho del Trabajo y Mercado de Trabajo, Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Madrid, Tecnos, 2021.

campo de la dinámica de la relación laboral, se procedió a una moderada liberalización de los despidos económicos. A lo que se añadirá la legalización de las agencias privadas de colocación y de las empresas de trabajo temporal.

A la citada reforma siguieron las de 1997, cuya línea estratégica se orientó «prioritariamente» a «fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido». Un buen símbolo de este cambio de rumbo es la supresión del contrato temporal de fomento del empleo de la normativa precedente y su sustitución por una nueva opción o fórmula contractual a la que se denomina «contrato para el fomento de la contratación indefinida». A ella continuó la reforma de la contratación laboral del 2001, que se centró también, en lo que ha sido un intento recurrente pero también recurrentemente frustrado, en asegurar el empleo y restringir la contratación temporal reforzando los derechos de los trabajadores con contratos de duración determinada. Tras ella se situaron las reformas del 2002. Estas últimas se centraron también en el establecimiento de medidas para impulsar la contratación indefinida; el establecimiento de limitaciones a la contratación temporal y a la descentralización productiva; y, en fin, la ampliación de la protección por desempleo y mejora en protección del FOGASA, entre otros temas.

La crisis económica, de origen financiero, que se vivió en el mundo desde mediados del 2008 produjo un derrumbe de la inversión y del consumo que se trasladó inmediatamente al campo de la producción y del trabajo, generalizando la pérdida masiva de empleos. En este contexto, el Gobierno aprobó diversas medidas dirigidas al mantenimiento del empleo, a la mejora de la protección social de los trabajadores y a incentivar el empleo de las personas desempleadas. Medidas que dieron lugar a las primeras fórmulas de conservación del empleo a través de las suspensiones de la relación de trabajo.

Posteriormente, las reformas de 2010 continuaron dicha línea de actuación dirigiendo su actuación a lograr tres objetivos fundamentales. En primer lugar, reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad, en línea con los requerimientos de un crecimiento más equilibrado y sostenible. En segundo lugar, reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas. Y, en fin, elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación laboral.

En el inicio de la X Legislatura que se extendió desde diciembre 2011 hasta enero 2016, se aprobó una nueva gran reforma laboral. Al modificar de forma relevante las institucionales cardinales de nuestras relaciones laborales, la reforma de 2012 supuso un verdadero cambio «cultural» en la forma de entender las relaciones laborales para todos sus protagonistas (jueces, sindicatos, empresas...) y miraba a la pequeña y mediana empresa como ámbito estratégico sobre el que proyectar sus resultados. Una reforma, en todo caso, que nos acercaba a Europa a la hora de definir un modelo más flexible, más moderno y descentralizado de relaciones laborales pero que pecaba de un cierto desequilibrio al afectar simultáneamente a todos los posibles ámbitos de flexibilidad que resultan de la dinámica contractual: entrada, interna o funcional y de salida. Baste con señalar que se eliminaba la autorización administrativa para el despido colectivo y se reducía la indemnización por despido improcedente de 45 a 33 días por año de servicio. Aunque varios aspectos fueron

impugnados ante el Tribunal Constitucional, las SSTC 119/2014 y 8/2015 declararon su conformidad constitucional.

La parálisis legislativa fue evidente en el periodo 2016-2019. Durante la misma encontraron una dificultosa tramitación parlamentaria numerosas iniciativas legislativas impulsadas por múltiples grupos parlamentarios sobre temas como la precariedad laboral, la subcontratación, el control de los horarios, la brecha salarial de género, la negociación colectiva, etc. No obstante, el citado periodo se cerró con varios importantes Reales Decretos-leyes. Fue el caso 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 incorporó la subida del salario mínimo. También el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación que incorporó reglas importantes a la hora de favorecer la igualdad de género y las políticas de conciliación familiar y laboral. Y, en fin, del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo que vino a establecer el registro obligatorio de jornada.

## 2.2. El Derecho del Trabajo en la emergencia

El año 2020 será recordado como el año de la terrible pandemia del coronavirus COVID-19. El Gobierno declaró el estado de alarma el 14 de marzo para la gestión de la situación de emergencia sanitaria y la contención de la propagación de la enfermedad mediante medidas de confinamiento social. Esta situación ha generado un Derecho «en» la emergencia <sup>(2)</sup>, a través de un conjunto de medidas normativas urgentes de cierta complejidad, contenido en una serie de decretos-leyes y de normas de inferior rango de las autoridades delegadas que se han sucedido con una gran velocidad, con vigencias imprecisas en muchos casos y algunas de las cuales han sido objeto de sucesivas prórrogas. Un camino normativo que se inauguró con el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública y que se fueron prorrogando a través de sucesivas disposiciones uno de cuyos últimos ejemplos fue el Real Decreto-ley 30/2021, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

El principio de ordenación de las medidas temporales extraordinarias de este Derecho del Trabajo en la emergencia ha sido el mantenimiento del empleo para evitar despidos. Para lograr este objetivo, el Gobierno ha recurrido al teletrabajo como técnica preferente o prioritaria para mantener el trabajo durante el confinamiento. En su defecto, se han ofrecido medidas de flexibilidad interna dirigidas a favorecer el ajuste temporal de las plantillas (suspensiones de contratos y reducciones temporales de jornadas por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas), protegiendo a los trabajadores afectados con prestaciones extraordinarias de desempleo y a las empresas con exoneraciones en las cotizaciones sociales, y a trabajadores autónomos con prestaciones excepcionales por pérdida de actividad por la pandemia. La aplicación de estas medidas extraordinarias se ha condicionado al compromiso de las empresas de «salvaguardar el empleo» durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad económica y al establecimiento de determinadas medidas de responsabilidad social (se impide acogerse a ERTE a las empresas domiciliadas en paraísos fiscales y se prohíbe el reparto de dividendos por las empresas afectadas por ERTE que cuenten con exoneraciones en las cotizaciones).

<sup>2</sup> Es imprescindible en este punto la lectura de la obra de M.E Casas Baamonde, *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19 ¿Y después?*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2021.

A esas medidas han seguido y acompañado otras: el encarecimiento de los despidos mediante la declaración legal de falta de causa justificativa de los producidos por la situación de emergencia, sin llegar a prohibirlos ni a imponer una moratoria a las empresas para efectuarlos; el mantenimiento de los contratos temporales durante el período de paralización económica sin que ese período compute en el agotamiento de su duración, cuyo cómputo se reanuda con el retorno a la actividad; el establecimiento de un permiso retribuido y recuperable de disfrute obligatorio por quienes prestaban trabajo presencial en servicios no esenciales en los días del confinamiento más intenso; o, en fin, la concesión de nuevas prestaciones de desempleo a los colectivos más vulnerables (empleados y empleadas de hogar y trabajadoras y trabajadores temporales sin cotización).

De emergencia puede también calificarse la situación de guerra generada por la invasión rusa de Ucrania. Su impacto sobre la economía europea tiene repercusiones directas en las empresas y trabajadores españoles. Para atajar tales efectos, el Gobierno ha adoptado medidas de apoyo financiero urgente, principalmente a través del RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, que prevé ayudas económicas directas e indirectas para minimizar las consecuencias negativas que ese conflicto provoca en algunos sectores. Esas ayudas se han acompañado de dos prohibiciones de despido, similares hasta cierto punto a las que acompañaron a las medidas de apoyo a las empresas en tiempos de COVID: la que afecta a las empresas que han recibido ayudas directas para hacer frente al «aumento de costes energéticos» y la vinculada a los ERTE por causas relacionadas con la invasión de Ucrania. Medidas que han sido prorrogadas por el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio.

### **2.3. El retorno de la legislación negociada**

El último paso ha sido la reforma laboral de 2021. Frente a los modelos de reformas unilaterales que han jalonado nuestra historia, la reforma laboral de finales de 2021, ha sido fruto del acuerdo social. Como señala el Preámbulo que acompaña al 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 adelante, RDL 32/2021), la misma constituye “la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con (su) respaldo”.

Una reforma que ha dirigido su actuación hacia cuatro líneas básicas. En primer término, la “simplificación de los contratos y reducción de la tasa de temporalidad” a través del reforzamiento del contrato indefinido. En segundo lugar, la “modernización de la negociación colectiva” desde la premisa de que “las sucesivas reformas anteriores han determinado una elevación desconocida de la inseguridad jurídica, derivando, además, en una arquitectura de negociación colectiva que no responde a las necesidades actuales, con importantes distorsiones desde el punto de vista de la adaptación a los requerimientos de los diferentes sectores y empresas. Por consiguiente, es imprescindible realizar la vertebración de un sistema de relaciones laborales equilibrado, en un contexto de intenso cambio, como consecuencia de la transición ecológica y la digitalización”. En tercer lugar, “la modernización de la contratación y subcontratación de las empresas”, con el objetivo de evitar que “se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas”. Y, en fin, el establecimiento de un mecanismo de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y apoyo a la transición, con fundamento en la eficacia del recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo, como mecanismo de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad y la apuesta estructural por un mecanismo de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas, alternativo a la destrucción de empleo y a la alta temporalidad.

En una civilización de la conversación, consciente de que todo progreso, como explicó Dahrendorf, conlleva conflicto, la solución pactada de los problemas debe constituir la vía natural de canalización de la contraposición de intereses, máxime si se trata de un ámbito como el laboral, donde el diálogo social y el acuerdo son las señas de identidad de un modelo social democrático, avanzado y maduro. Por eso se debe valorar muy positivamente el resultado que se plasma en el RDL 32/2021 y que incorpora una reforma que es, ante todo, sensata, razonable y prudente. La misma ha sido fruto de un largo y complejo proceso de negociación en la que los interlocutores sociales han tenido el enorme mérito de conseguir consensos sobre materias sensibles y alcanzar un acuerdo en un terreno tan complejo y sinuoso, cualquiera que sea el momento en el que se produzca, como lo es el laboral. Que Gobierno y, en particular, los responsables del Ministerio de Trabajo, UGT, CC.OO y CEOE-CEPYME consiguieran ese punto de equilibrio, en un contexto tan difícil como el que vivimos, es un mérito incuestionable que no solo ayuda a nuestro debilitado mercado de trabajo, sino que fortalece nuestro entero sistema democrático y que, como sigue diciendo su Preámbulo, “permite concebir una mayor esperanza en su estabilidad y en la consecución de los efectos pretendidos”.

### **3. LAS NUEVAS Y COMPLEJAS COYUNTURAS DEL DERECHO DEL TRABAJO**

#### **3.1. Reformulando el ecosistema laboral: Hacia una empresa postmaterial**

La coyuntura del Derecho del Trabajo sigue siendo compleja. A los retos que derivan del contexto económico, político o sanitario, se suman otros intrínsecos al propio sistema productivo y a la organización económica. Y es que, si la preocupación por el impacto de la técnica ha sido una constante, las transformaciones que la misma vive en los últimos tiempos han venido a reabrir con renovados fundamentos esa vieja cuestión. Los cambios que sirven de base a este progresivo nuevo modelo se sitúan en la desmaterialización de la economía debido a la importancia creciente de la producción, el consumo, el empleo y la inversión en actividades no materiales sino informacionales. Como ha dicho el filósofo Byung-Chul Han, “hoy estamos obsesionados no con las cosas, sino con informaciones y datos, es decir, “no-cosas”<sup>3</sup>).

La empresa, como la propia economía, deviene ingrátida e intangible. Iniciamos la era de la empresa postmaterial. El espacio de trabajo se transforma en su interior, se deslocaliza por intermediación tecnológica, se trabaja a distancia y las relaciones se establecen a través de redes. Las redes neuronales, los robots y las aplicaciones de inteligencia artificial se convierten en un instrumento fundamental de la producción: Procesos enteramente gestionados por máquinas. La toma de decisiones se realiza en ambientes donde coexisten máquinas cognitivas y personas. En fin, nuevas realidades que conllevan nuevas formas de trabajo que convergen hacia la aplicación de un sistema en el que el objetivo es utilizar sólo aquello que se necesita donde y cuando se necesite. El resultado de todo ello es que el ecosistema productivo comienza a transformarse de manera radical.

Ejemplo de ello es la implantación y desarrollo en el panorama económico actual de nuevas empresas que, bajo la cobertura de plataformas digitales de todo tipo, han venido a recrear la actividad de prestación de bienes y servicios en sectores tradicionales bajo una lógica disruptiva. El impacto sobre el sistema de relaciones laborales es evidente: nuevas

<sup>3</sup> Nos permitimos remitir para una reflexión más amplia en estas cuestiones a: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 y *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

formas económicas requieren nuevas formas de empleo. Las economías de plataforma muestran el potencial de transformación que desafía el paradigma actual de la empresa. De hecho, fórmulas como el *crowdwork* o el trabajo en concurrencia a través de aplicaciones permiten una externalización de las actividades que evita recurrir a complejas realidades empresariales obteniendo, igualmente, la estandarización de los términos y condiciones de la contratación y el control de los procesos de negocio y de los productos.

El desarrollo de los nuevos tejidos productivos está llevando consigo su progresiva desmaterialización que, por otra parte, viene acompañada de un paralelo proceso de valorización de otros componentes de la organización empresarial. Y es que su valor reside, cada vez más, en los activos intangibles. Las ideas son el verdadero patrimonio empresarial.

### 3.2. Algoritmos: personas y números en el derecho digital del trabajo

Los algoritmos se encuentran en el corazón de las empresas (Netflix, Google, Deliveroo, etc...) y son, en muchos casos, el núcleo esencial de muchas de ellas. Pero también, el uso de los algoritmos se está generalizando como un método de selección del personal y, precisamente en su uso pone el foco la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, cuando afirma: “También deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores (...), sobre todo para la contratación y la selección de personal”. Y es que algunas empresas han puesto en manos de sistemas algorítmicos predictivos los procesos de selección de sus trabajadores en la medida en que, como algunos estudios han subrayado, los seres humanos son muy buenos en especificar lo que se necesita para un determinado puesto y obtener información de los candidatos, pero son muy malos en la ponderación de los resultados.

Los algoritmos pueden ser sumamente precisos, pero son ciegos a las emociones. Cuando incorporan sentimientos pierden su fría lógica, se humanizan y pueden, también, discriminar. Ello ocurre porque el aire que respiran los algoritmos, los datos, pueden encontrarse viciado por lo que las decisiones automatizadas resultantes se encontrarán, igualmente, corrompidas (sesgos, discriminación, etc.). Por ello, un importante problema al que se enfrenta esta realidad es la “discriminación algorítmica” entendiéndose por esta la que se produce cuando un individuo o colectivo recibe un tratamiento arbitrario como consecuencia de la toma de decisiones automatizadas. Una discriminación que obtiene, por el momento, respuestas desde nuestras actuales técnicas conceptuales pero que requeriría probablemente también de nuevas herramientas jurídicas de análisis. La discriminación afronta, pues, nuevos retos.

La discriminación algorítmica en el acceso al empleo comienza a ser una realidad y los derechos de los interesados deben contar con garantías reforzadas en estos casos.. No debe sorprender que se llame, por ello, a una intervención efectiva de los representantes de los trabajadores en estos casos. En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano» ha recordado “la necesidad de consultar e informar a los trabajadores y sus representantes a la hora de introducir sistemas de IA que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de los trabajadores”.

Pero la promesa de un trabajo hiperefciente da un paso adelante y se inserta también en la propia raíz del poder de dirección empresarial. Los algoritmos están pasando a convertirse en un instrumento básico en la ordenación y gestión de los poderes empresariales. La «*on-demand economy*» representa la última ola de una también nueva economía digital y un terreno

en el que los algoritmos han alcanzado un más extenso desarrollo. Este sector económico posee una amplia definición, pero son las plataformas «gig» las que concentran el interés en materia laboral, al permitir a los proveedores individuales proporcionar directamente sus servicios al mercado. Estas plataformas profesionales basan su actuación en algoritmos y, a través de los mismos, efectúan asignaciones de actividades a los profesionales incluidos dentro de las mismas. Los usuarios registrados son clientes de la plataforma y corresponde a esta elaborar una planificación perfecta que permite la asignación más eficiente entre la oferta y la demanda de servicios. En otras palabras, el sistema informático procede a la asignación de tareas asignando el servicio al profesional que en cada momento concreto reúna los requerimientos mejor adaptados a las necesidades del cliente. En resumen, el jefe parece que termina siendo un algoritmo.

Ciertamente, la idea de la empresa panóptica se hace cada vez más fuerte y los mecanismos de control y seguimiento empresarial adquieren nuevos contenidos y también nuevas dimensiones. El Panóptico es el teatro en el que se representa la “ilusión de la vigilancia permanente”, en el que los vigilados “no están realmente bajo una vigilancia constante, sino que simplemente piensan o imaginan que lo están”. En palabras de Foucault, la idea de Bentham consistía en una “tecnología política” que induce al sujeto a un “estado de conciencia y visibilidad permanente que aseguran el funcionamiento automático del poder”.

El control a través de sistemas de videovigilancia, microfónicos y telefónicos, el rastreo a través de sistemas de geolocalización; los controles biométricos; el control informático de los niveles de productividad de los trabajadores en tiempo real; el seguimiento de los correos electrónicos y de las navegaciones por internet conforman una realidad en permanente transformación en la que la vigilancia empresarial se ha convertido en algo más impersonal, pero no por ello menos invasivo. Pero el uso de algoritmos puede suponer un salto adelante en muchos de estos sistemas.

Y es que los algoritmos pueden colaborar a reconstruir el ser más profundo de los trabajadores a través de métodos de gestión digitalizados que permiten integrar datos, patrones e interacciones cibernéticamente esparcidas por ellos con el uso de los sistemas informáticos dentro y fuera de la empresa. Nuestro rastro algorítmico compone, al fin y a la postre, nuestro ser social y laboral. Los riesgos del desarrollo de estas nuevas fórmulas se proyectan como sombras en el ámbito empresarial al permitirse una mayor capacidad de transmisión de datos y de combinación de los mismos, con el peligro añadido de la descontextualización de la información, lo que puede crear un clima psicosociológico de control e invasión de su privacidad, esto es, la conciencia en los trabajadores de poder ser conocidos en todos los aspectos de su personalidad, el trabajador se hace plenamente transparente.

No obstante, no todo es negativo en este escenario que parece anunciar la definitiva muerte de la privacidad. Los algoritmos también pueden ayudarnos. Como en su reciente informe ha señalado la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, “*Estudio prospectivo sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025*”, estos nuevos sistemas pueden facilitar la comprensión de los problemas relativos a la seguridad y salud en el trabajo, la toma de mejores decisiones y la predicción de los problemas en materia preventiva antes de que ocurran, así como favorecer intervenciones más oportunas y eficaces. Incluso pueden facilitar que las empresas demuestren el cumplimiento de las normas, y que las inspecciones laborales investiguen de forma más eficaz los eventuales incumplimientos.

Los programas de control predictivo que están desarrollando la Inspección de Trabajo, la Tesorería de la Seguridad Social, el INSS o el SEPE ponen de manifiesto la función social



que pueden cumplir estos sistemas en el control y prevención del fraude. La policía predictiva básicamente consiste en utilizar los datos disponibles para tratar de predecir dónde va a ser necesaria la intervención administrativa. El fundamento de acudir a estos sistemas se basa en el hecho de que no es posible controlar todas las esferas de riesgo ni todos los objetos de riesgo. El uso de los algoritmos abre múltiples posibilidades pero también interrogantes a los que la doctrina administrativista ya está comenzando a dar respuestas: ¿Los algoritmos son reglamentos?; ¿Se pueden utilizar algoritmos predictivos para determinar el contenido de las resoluciones administrativas?; ¿Los órganos judiciales pueden controlar una decisión basada en algoritmos con el mismo tipo de argumentación y de elementos que ante otros conocimientos o técnicas utilizadas por la Administración en su actividad?; o, en fin, ¿en los procedimientos en los que intervenga un algoritmo el mismo formará parte del expediente administrativo? Cuestiones de enorme importancia que marcarán el futuro de la actividad de la Administración pública y, por supuesto, de la laboral.

### 3.3. Hacia una flexiseguridad digital

Ciertamente, la transformación digital pone en riesgo numerosos empleos y lo hace en unos mercados de trabajo en los que la precariedad ha venido a configurarse como una característica civilizatoria acentuada por los cambios a que nos venimos refiriendo. Todo ello requiere una reflexión en profundidad sobre las modalidades contractuales. El recurso a nuevas formas de contratos que flexibilicen las relaciones laborales y fortalezcan la formación puede servir para reducir la dualidad, al tiempo que puede cumplir la función de proteger a los trabajadores mejorando su empleabilidad, reduciendo el tiempo que están desempleados y potenciando figuras como las del modelo de *flexiseguridad* adaptada al cambio tecnológico.

Tales sistemas deben venir acompañados por mecanismos de control y sanción que actúen severamente frente al uso de relaciones de trabajo encubiertas o falsos autónomos, con el fin de eludir la normativa laboral y la regulación de la seguridad social o las obligaciones fiscales. Mucho se ha escrito sobre la falta de capacidad disuasoria de la Inspección de Trabajo en esta sede y de la necesidad de establecer mecanismos sancionadores eficaces. A tal fin es necesario, tal y como se ha propuesto, apostar por el uso de las nuevas tecnologías, automatizando y conectando procesos y *Big data* de diversas unidades administrativas. En un mundo virtual, la Inspección de Trabajo deberá incorporar las TIC a su conjunto de herramientas de lucha contra el fraude.

Los cambios tecnológicos están incidiendo en la creación y reformulación de las formas tradicionales de control del trabajo. En este contexto, el debate sobre la dignidad personal y los derechos de la persona alcanza un lugar fundamental. Ciertamente, la construcción de los derechos fundamentales de la disrupción digital se está enfrentando a retos significativos y globales por lo que la construcción desde la respuesta a casos concretos puede comenzar un lento y progresivo declive. Quizá sea el momento de recuperar esos espacios perdidos para convertir al Estatuto de los Trabajadores en el instrumento de consolidación de los derechos fundamentales frente al nuevo feudalismo virtual. La garantía de los derechos digitales laborales, la nueva “ciudadanía electrónica laboral”, parafraseando a Rodotà, debería encontrar en un futuro Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI su adecuada ubicación.

De igual modo, las instituciones laborales fundamentales sobre las que se asienta el entero edificio laboral deben adaptarse en su forma y en su fondo a las nuevas realidades

que plantea el mundo digital: cualificaciones profesionales, salario, tiempo de trabajo y extinción de la relación laboral.

Las modificaciones productivas operadas en los últimos tiempos han producido severas transformaciones sobre la definición de la cualificación profesional. La formación profesional tecnológica u orientada hacia la tecnología deviene, por tanto, un derecho cuasifundamental y el desarrollo de fórmulas normativas que faciliten las mismas imprescindible. El contenido de los modelos formativos requerirá flexibilidad de forma que los trabajadores puedan elegir, bajo ciertas condiciones, los programas más adecuados para su desarrollo profesional y favorecer el desarrollo de programas de teleformación que permitan la personalización y adaptación de los programas a los cambios a los concretos objetivos y necesidades de cada momento.

Igualmente, debe afrontarse el qué y cómo impactarán todos estos cambios presentes y futuros en el empleo femenino. Cuando se está comenzando a luchar eficazmente con la brecha salarial de género, comienzan a aparecer en el horizonte dudas sobre cómo afectará la transformación digital a la estructura del empleo, a las condiciones determinantes de la empleabilidad de las trabajadoras y, en fin, a su propia organización de los tiempos de vida y de trabajo. Surge, de este modo, otra brecha: la brecha de género en la cuarta Revolución industrial. Según el reciente informe del McKinsey Global Institute, *The future of women at work: Transitions in the age of automation* (2021), entre 40 millones y 160 millones de mujeres en todo el mundo se verán afectadas por la transición entre ocupaciones en el horizonte del año 2030. Estas transiciones, según el referido informe, afectarán a actividades de mayor cualificación. Igualmente se afirma que si las mujeres realizan estas transiciones podrían obtener trabajos más productivos y mejor remunerados, en caso contrario, el resultado puede ser un incremento progresivo de la brecha salarial. En todo caso, mujeres y los hombres se enfrentan a una escala similar de posibles pérdidas y ganancias de empleo, pero en diferentes áreas.

La nueva realidad digital impone más si cabe un progresivo acercamiento a la productividad de las empresas y, paralelamente, un relanzamiento del componente variable de la retribución vinculado a una nueva, también, gestión del rendimiento. Pero el salario puede llegar a reformularse en su propia esencia. Los sistemas de Blockchain han permitido el desarrollo de las criptomonedas como los bitcoins. Hoy por hoy, el pago del salario en bitcoins encuentra importantes limitaciones, puesto que los criptoactivos no reúnen los requisitos legales para ser considerados como dinero en el marco regulatorio actual de la Unión Europea. No obstante, algunos países como Nueva Zelanda ya han iniciado este camino y permite desde finales del pasado año que los trabajadores reciban parte de su salario a través de estas divisas digitales.

El mundo del trabajo está sufriendo cambios verdaderamente trascendentales dirigidos muchos de ellos a conseguir una mayor productividad y competitividad. En este sentido, el desarrollo de las políticas de flexibilidad en la jornada de trabajo ha buscado en la nueva sociedad de la información y en una economía de servicios, una reacción contra la cultura de muchas organizaciones anclada en modelos industriales del siglo pasado en los que primaban el control, la autoridad y la jerarquía. A ellos se unen los problemas vinculados el “presencialismo” y la rigidez horaria que pueden actuar en determinadas organizaciones o sectores productivos como factores reactivos frente a las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar o, si se prefiere, de corresponsabilidad, así como los retos que lleva consigo la materialización de una plena desconexión digital. Todos ellos son problemas que lejos de ser independientes, aparecen íntimamente unidos, de tal modo que es preciso

abordar importantes reformas en las instituciones laborales, de manera que sea posible avanzar en la resolución de dichas dificultades.

Pero uno de los temas que dará más que pesar será el relativo al reparto del tiempo de trabajo que, por otra parte, constituye desde hace tiempo un tema recurrente en el debate social planteado no solamente como vía de reducción del desempleo sino a propósito del desarrollo de modelos de sociedad postindustrial en donde el objetivo es menos una voluntad de repartir igualmente la carga de trabajo que la de proceder a un reparto más igualitario de la renta. En todo caso, detrás de ese objetivo está la denominada falacia de la cantidad fija de trabajo (*lump of labour fallacy*). El error estriba en que no hay tal cosa como una cantidad de trabajo establecida de antemano y los empleos son creados por la inversión en función de la productividad. Si fuera así, bastaría con reducir por ley las horas de trabajo para acabar totalmente con el paro. Implantar medidas como los fines de semana de tres días se convierte en una solución a corto plazo pero probablemente los problemas en el futuro lleven consigo retos más profundos.

En todo caso, el gran objetivo de poner diques de contención al irrefrenable cambio tecnológico pasa por la plena concienciación de todos los agentes sociales, económicos y políticos sobre los devastadores efectos del “tsunami tecnológico” que se atisba en el horizonte. Podemos hablar también de una “transición justa” como lo hace la OIT, pero, en todo caso, el reto consiste en que la transición entre empleos que se crean y se destruyan en este proceso sea lo más eficiente y equitativa posible, el objetivo es proteger a las personas y no los puestos de trabajo <sup>(4)</sup>.

Esta última dimensión plantea importantes problemas dado que en ella el debate sobre el empleo está presente. Seamos tecnopesimistas o tecnooptimistas, lo cierto y verdad es que existe un consenso casi unánime en admitir que nos encontramos en un escenario de cambio de tal magnitud y alcance que nuestra forma de entender y comprender el trabajo está llamada a cambiar radicalmente en los próximos tiempos. Un cambio que, necesariamente, obliga a repensar de manera intensa y profunda el marco jurídico vigente. Pero mientras describimos la realidad ésta se transforma. Día a día, de manera lenta y suave (casi sin hacer ruido) el sistema productivo sigue mutando y el debate sobre la extinción del contrato basada en causas técnicas va ganando peso.

#### **3.4. La tutela de la acción colectiva en un escenario digital**

En el ámbito de las relaciones colectivas, los cambios que vienen de la mano de los algoritmos requieren de una importante reformulación y adaptación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre estos instrumentos delegados del poder de dirección y organización empresarial. Y es que “la opacidad en la configuración del algoritmo y la práctica de las empresas de modificar las métricas utilizadas para mejor adaptar la asignación de servicios y tareas a sus necesidades organizativas sin información a las personas trabajadoras genera una situación de especial inseguridad”, “una nueva forma de inseguridad, denominada inseguridad algorítmica, que obliga a las personas a conectarse a la plataforma, aceptar tareas y no rechazar servicios en contra de sus intereses individuales para evitar el riesgo de afectar a sus puntuaciones y, en consecuencia, a sus capacidades para obtener ingresos en el futuro”<sup>(5)</sup>.

Probablemente ello exija ampliar los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores a aquellas situaciones en las que se implanten sistemas de

<sup>4</sup> J. Tirole, *La economía del bien común*, Barcelona, Taurus, 2017, pp. 443-444.

<sup>5</sup> Como lo califica A. Ginès I Fabrellas, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*, Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, 2021, nº 1, Vol.2, pp. 19-42.

organización y control del trabajo cuando los mismos incorporen algoritmos o criterios algorítmicos en su realización. Una primera materialización de esta idea la podemos encontrar en nuestro país en Ley 12/2021, de 28 de septiembre que incorpora un apartado d) en e art. 64.4 ET, que confiere a la representación legal de la plantilla el derecho a ser informada por la empresa “de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. De este modo, los cambios que vienen de la mano de los algoritmos al mundo del trabajo requieren de una importante reformulación y adaptación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre estos instrumentos delegados del poder de dirección y organización empresarial.

El convenio colectivo posee también un lugar importante en un terreno especialmente sensible a los algoritmos: la protección de datos personales. El RGPD incorpora una regulación específica en materia laboral al establecer que “los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral (...)” (art. 88 RGPD). La llamada a la negociación colectiva también se ha producido por la legislación española. En concreto, el art. 91 Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, prescribe 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 da entrada a la autonomía colectiva en la determinación del contenido de estos derechos.

Lo colectivo abre, también, nuevos interrogantes: ¿Cómo se hace huelga frente a un algoritmo? o ¿cómo se desarrollarán las huelgas en el metaverso?

#### **4. A MODO DE CONCLUSIÓN: INSTALADOS EN LA DIFÍCIL COYUNTURA**

No pueden encontrarse más vigentes las palabras del Profesor González Ortega cuando, en el trabajo que nos ha servido de guía (*“La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo”*), precisaba que el conjunto de realidades que afectan al Derecho del Trabajo requieren de la *“puesta al día, la depuración, de nociones fundamentales ya consolidadas que deben amoldarse a las vicisitudes de la realidad social que regulan, poniendo a prueba su propia esencialidad a través de nuevos enfoques, tratamientos o aplicaciones”* lo que, en última instancia, supone la modificación del *“cuadro normativo, cambiando los criterios de aplicación e interpretación de sus preceptos, creando nuevas instituciones y principios o relegando al olvido unas y otros, alterando reglas y técnicas o, incluso, ignorando el problema y resistiéndose a tratarlo”*. Hoy como ayer el Derecho del Trabajo sigue atravesando una difícil coyuntura y, hoy como ayer, sigue necesitado de afrontar nuevos e inquietantes retos.



# **DIFICULTADES PARA LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LOS JÓVENES. LOS NUEVOS CONTRATOS FORMATIVOS**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

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

Universidad de León

## SUMARIO:

1. FACTORES DESENCADENANTES DE LAS BAJAS TASAS DE OCUPACIÓN JUVENIL
2. LOS JÓVENES COMO COLECTIVO ESPECIALMENTE VULNERABLE. LA ATENCIÓN POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
3. LA INSERCIÓN JUVENIL EN LA REFORMA DE 2021
4. ASPECTOS COMUNES A LAS DOS MODALIDADES DE CONTRATOS FORMATIVOS
5. CONTRATO PARA LA OBTENCIÓN DE PRÁCTICA PROFESIONAL
6. CONTRATACIÓN EN ALTERNANCIA
7. CONCLUSIÓN

## 1. FACTORES DESENCADENANTES DE LAS BAJAS TASAS DE OCUPACIÓN JUVENIL

La juventud abarca un período de transición entre la infancia y la edad adulta, donde se asienta la identidad de la persona, siendo obligación de los poderes públicos promover las condiciones y remover los obstáculos para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48 CE). Como ha señalado la mejor doctrina, esta premisa cobra decisiva importancia ante el “indiscutible diagnóstico de la deficiente y vulnerable posición de los jóvenes en el mercado de trabajo”<sup>1</sup>, no en vano “los números constatan que los jóvenes son los últimos en entrar y son los primeros en salir cuando hay crisis”<sup>2</sup>, de manera que las bajas oportunidades de empleo han elevado la tasa de pobreza de este colectivo a un 22,7 por 100 para el año 2021<sup>3</sup>.

El simple recurso a la estadística da sobradas muestras de que el desempleo es el principal problema de los jóvenes menores de 25 años con ratios que han crecido exponencialmente a raíz de la pandemia por la COVID-19, pasando desde un 25 por 100 en 2019 (parámetro de por sí elevado) a más de un 30,70 por 100 en diciembre de 2021<sup>4</sup>, muy superior a la media de la zona euro que se sitúa en un 17,3 por 100 y también mucho más elevadas que las de otros países de nuestro entorno como Alemania (7,5), Austria (11,0), Polonia (12,70), Bélgica (17,10), Francia (19,10) o Suecia (19,40)<sup>5</sup>. Es más, la encuesta de población activa relativa al primer trimestre de 2022 pone de manifiesto que el número de parados ha subido en 66.500 entre los de 25 a 54 años y en 6.600 entre los menores de 25 años<sup>6</sup>. Sin duda, la nueva coyuntura económica caracterizada por un elevado crecimiento de la inflación, una acusada desaceleración, una contracción de la oferta y de la demanda y una dificultad para conseguir materias primas como consecuencia de la invasión de Ucrania, incide de forma negativa sobre la empleabilidad juvenil.

Estos altos porcentajes de paro a edades laborales tempranas, preocupantes por lo que significan de aplazamiento de trayectorias vitales, indefinición del futuro, alargamiento de situaciones de dependencia, etc., no son sino la punta del iceberg de un problema de exclusión social de gran calado anclado en múltiples factores que se retroalimentan en un círculo vicioso. Entre ellos, cabe mencionar las propias características de los puestos ofertados, no en vano gran parte del empleo juvenil es precario en términos retributivos, de estabilidad, de siniestralidad, de subempleo o escasez en la cantidad de horas trabajadas. Estas circunstancias vienen siendo, además, toleradas por tres razones fundamentales: la debilidad de dicho grupo de jóvenes, carentes de fuerza reivindicativa, lo que ha facilitado históricamente su explotación; el prejuicio sobre su ínfimo rendimiento del trabajo ante la falta de trayectoria; y, finalmente, las presuntas menores responsabilidades familiares y necesidades a vitales a cubrir por estos trabajadores<sup>7</sup>.

Además, cuatro vectores demográficos tienen una importante incidencia en las dificultades laborales de los jóvenes: una base heterogénea en el nivel de estudios

<sup>1</sup> González Ortega, S., “Dificultades para la integración laboral de los jóvenes, en general, y de las mujeres jóvenes, en particular”, en AA.VV., *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social* (Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M.R., Dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 326.

<sup>2</sup> Torre, M., “La espiral de precariedad: desempleo, temporalidad y parcialidad involuntaria en la población joven, 2005-2021”, *Labos*, 2/2022, pp. 141 y ss.

<sup>3</sup> <https://www.eapn.es/estadodepobreza/>

<sup>4</sup> <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4247>

<sup>5</sup> <https://economia3.com/2021/08/27/458270-es-realmente-tan-abultada-la-tasa-de-desempleo-juvenil-en-espana/#:~:text=En%20el%20conjunto%20de%20la,conjunto%20de%20nuestros%20socios%20europeos.>

<sup>6</sup> [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec\\_trabajo/analisis\\_mercado\\_trabajo/jovenes/2022/Marzo\\_2022.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/jovenes/2022/Marzo_2022.pdf)

<sup>7</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “No discriminación en las leyes laborales”, en AA.VV., *El Estatuto de los trabajadores. Acceso y protección al empleo (T. IV)*, (Borrajó Dacruz, E., Dir.), Edersa, Madrid, 1983, pp. 355-356.

del colectivo, desde los que carecen de cualquier cualificación educativa hasta los sobrecualificados; una franja de edad de aristas variables, no en vano existen multitud de límites de varios tipos en los distintos instrumentos jurídicos (hasta 24, 25, 26, 29 o 30 años)<sup>8</sup>; unas coordenadas productivas en transición como consecuencia de la tecnificación y de las exigencias de adaptación a la descarbonización de la economía; y una difícil imbricación entre las coordenadas juventud y más edad en una sociedad en profundo proceso de envejecimiento y de reducción progresiva del número de jóvenes, que, pese a una primera apariencia positiva, marca un desequilibrio perjudicial en cuanto a la tasa de reposición se refiere. Y es que la configuración poblacional en España se caracteriza por tres peldaños claramente diferenciados: una base relativamente estrecha, debida a la escasez de nacimientos recientes; una amplia zona intermedia en la que se sitúan las cohortes del baby boom, que tienen en la actualidad entre 40 y 60 años de edad; una creciente zona alta de personas envejecidas o, mejor sobre-envejecidas mayores de 80 años. Entre el primero y el segundo peldaños, se encuentra un cinturón muy estrecho, compuesto por el segmento deslavazado de la población joven (entre 15 y 30 años) con expectativas vitales muy diferentes<sup>9</sup>.

Sea como fuere, la condición de la edad se va a convertir, para este último colectivo, en un factor de vulnerabilidad, al sufrir graves dificultades de integración en el trabajo, en una circunstancia que además se puede agravar si concurren otros motivos de discriminación como el género, la extranjería, la discapacidad, el fracaso escolar o el bajo nivel de estudios, dando lugar a una discriminación nueva, con rasgos y características propios y distintos<sup>10</sup>, sin olvidar tampoco tanto las adversas condiciones vitales de quienes habitan en los territorios rurales donde las oportunidades ocupacionales brillan por su ausencia.

## 2. LOS JÓVENES COMO COLECTIVO ESPECIALMENTE VULNERABLE. LA ATENCIÓN POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Tal y como pauta la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que apuesta, en su objetivo número 8, por reducir sustancialmente la proporción de jóvenes que no están empleados, deviene necesario adoptar una reacción inmediata, desplegando medidas decididas, enérgicas y específicas en varios frentes convenientemente imbricados, frente al problema social del desempleo juvenil. Asimismo, la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 20 de octubre de 2020, de Impulso a una Garantía Juvenil Reforzada, y la

<sup>8</sup> La ONU considera dentro de tal etapa a las personas hasta 24 años, del mismo modo que la OIT, mientras que la Unión Europea en los últimos tiempos lo ha elevado hasta los 29 años, si bien su programa más innovador sobre políticas laborales, la Garantía Juvenil, con carácter general solo incluye hasta los 24 años, aunque admita muchas excepciones, sobre todo a partir de la reforma de 2019 que extendió la franja de edad a los 30. De esta forma, ha alcanzado la edad que ya se venía manejando en el sur de Europa en general y en el Estado Español en particular, especialmente en los asuntos relacionados con el empleo, como se puede comprobar en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y en varias de las disposiciones definidas en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y del estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, en una frontera movедiza y con muchos matices, por cuanto alude en algunos supuestos hasta los 35 años. Por su parte, el Plan español de Garantía Juvenil Plus acoge la franja de hasta 29 años. En paralelo, se utiliza la edad de los 26 años para medir la dependencia económica del entorno familiar a los efectos de calcular la concurrencia de los requisitos de acceso a ciertas prestaciones (subsídium por desempleo, prestación extraordinaria por desempleo, rentas activas de inserción, pensión de orfandad, pensión cualificada de viudedad, asistencia sanitaria gratuita como familiar a cargo, etc.). En fin, el Anteproyecto de Ley de Empleo sitúa la frontera de la edad juvenil en los 25 años, si bien permite ampliarla excepcionalmente hasta los 30 cuando exista una situación y una evolución del mercado de trabajo que así lo requiera.

<sup>9</sup> CES: *Informe jóvenes y mercado de trabajo en España, 02/2020*, p. 21.

<sup>10</sup> Fernández Villazón, L.A., “Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual”, en AA.VV., *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, (Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L.A., Dirs.), Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 81.



Resolución del Parlamento Europeo de 8 de octubre, inciden también en la obligación de los Estados miembros de garantizar que todos los jóvenes menores de 30 años reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o prácticas dentro de un período de cuatro meses tras quedarse desempleado o abandonar la educación formal. Es más, la citada Resolución apuesta por la necesidad de superar el enfoque de dotar de mayor empleabilidad a los jóvenes, para pasar a concebirse como vía destinada a garantizar puestos de trabajo permanentes y de calidad. En esta misma línea, el reciente Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de la Comisión UE, debatido en la Cumbre Social de Oporto de 7 y 8 de mayo de 2021, contempla, en el marco del objetivo principal de elevar la tasa de empleo para la población de 20 a 64 años al 78% en el año 2030, la invitación a los Estados miembros a aplicar la Garantía Juvenil reforzada, con un prisma particular en ofertas de calidad que apoyen una integración estable en el mercado laboral, utilizando el apoyo financiero de la Unión, en el contexto del Plan de Recuperación y Resiliencia, para hacer frente al fuerte impacto de la crisis sobre los jóvenes<sup>11</sup>.

Descendiendo al ordenamiento interno, las medidas adoptadas tradicionalmente en España han pivotado sobre las siguientes premisas: a) acceso al empleo para trabajadores sin formación ni experiencia previa; b) tránsito desde la formación, cuando ésta existe, al empleo; c) modalidades contractuales específicas para fomentar la ocupación de jóvenes; d) impulso del emprendimiento y del trabajo autónomo; e) desgravaciones fiscales y reducción de costes sociales en los reclutamientos; f) empleo sin vinculación contractual alguna a través de becas o prácticas; g) mejora de la eficiencia de los servicios públicos de empleo; o h) potenciación de la fase educacional<sup>12</sup>.

Ahora bien, con una tasa española de desempleo juvenil que en algunos momentos ha llegado a superar el 55 por 100<sup>13</sup>, ya es un lugar común hablar de claro fracaso en tales políticas, capaz de dar lugar a una generación condenada a la precariedad duradera y a la emigración (o a la “movilidad exterior” en expresión eufemística). Si las sucesivas reformas laborales han mostrado formalmente y en repetidas ocasiones que favorecer la empleabilidad, contratación y carrera profesional de los jóvenes era una preocupación y un objetivo de primera magnitud, es evidente que, a la vista de sus escasos resultados, o bien tales propósitos no eran tan firmes, siendo una mera formulación retórica, o bien han fracasado estrepitosamente, en una muestra de la dificultad de diseñar de forma coherente una política efectiva de empleo juvenil. Pocas dudas pueden haber respecto a que los canales diseñados para incentivar el empleo juvenil han sido escasamente imaginativos, pues las más de las veces se han limitado a adoptar como parámetros para su materialización desgravaciones, reducciones o bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social, hasta el punto de plantear abiertamente el interrogante de si estos estímulos a la contratación constituyen en verdad medidas de inserción o actúan como meras subvenciones a las empresas<sup>14</sup>.

Ciertamente, el legislador ha tratado de esmerarse más en los últimos tiempos. Así lo atestiguan normas como el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE), que en su art. 30 señala como colectivos prioritarios entre los que se debe fomentar el empleo por sus especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, entre otros a jóvenes “con particular atención a aquellos con déficit de formación, por lo que van a necesitar de políticas

<sup>11</sup> [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec\\_trabajo/analisis\\_mercado\\_trabajo/jovenes/2022/Marzo\\_2022.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/jovenes/2022/Marzo_2022.pdf)

<sup>12</sup> González Ortega, S., “Dificultades para la integración laboral de los jóvenes, en general, y de las mujeres jóvenes, en particular”, op. cit., p. 326.

<sup>13</sup> Así lo atestigua la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020, presentando datos del INE y la EPA.

<sup>14</sup> García Quiñones, J.C., *Políticas activas de empleo durante la crisis económica (2010-2015)*, Editorial Reus, Madrid, 2015, pp. 572-573.

adecuadas de integración laboral de carácter multidisciplinar [art. 2 d], idea corroborada por el Defensor del Pueblo, que hace referencia a este colectivo como especialmente castigado por la falta de empleo, necesitado del diseño de variadas políticas palanca. Con más claridad, el nuevo Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027<sup>15</sup> cuenta con una meta global cual es la de mejorar la cualificación de las personas jóvenes para que adquieran las competencias profesionales y técnicas para acceder al mercado laboral, destinando fondos al objeto de posibilitar la realización de estancias en centros de investigación y empresas tecnológicas, conectar la formación profesional con el empleo mediante las “Escuelas profesionales duales”, de manera que se garantice una oportunidad laboral real y remunerada en empresas y un acompañamiento personalizado entre 12 y 18 meses de duración, o incrementar las oportunidades laborales de las personas que abandonaron sus estudios a una edad temprana a través de los oportunos certificados de profesionalidad<sup>16</sup>. Asimismo, el Plan de Recuperación: 130 medidas frente al reto demográfico, dedica el eje 5 a establecer actuaciones de fomento del empleo para jóvenes del mundo rural<sup>17</sup>. En fin, la nueva Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, canaliza toda la formación ocupacional hacia el sistema dual, especialmente indicado para jóvenes.

Como no podía ser de otra manera, una herramienta fundamental en este tránsito viene de la mano de los contratos formativos, cuyo régimen jurídico ha sido sometido a una intensa reforma recientemente de la mano del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, fruto de la concertación social tripartita entre Gobierno, sindicatos confederales y la organización patronal.

### 3. LA INSERCIÓN JUVENIL EN LA REFORMA DE 2021

Los contratos de trabajo formativos, vía natural de introducción en el mercado laboral de los jóvenes, incorporan al contenido habitual de la relación laboral un elemento capaz de conferirles el rango de peculiares por su objeto: no sólo prestar un esfuerzo productivo a cambio de salario, sino también otorgar una preparación profesional al empleado. Bajo tal premisa, se distinguen netamente del resto de nexos laborales atendiendo a la singularidad de la *causa contrahendi*: mientras que la causa típica del contrato de trabajo es el cambio de trabajo por salario (tal y como sintetiza la expresión legal “servicios retribuidos” del art. 1.1. ET), la causa de los contratos formativos se hace más compleja, en cuanto que el cambio se produce entre trabajo, de un lado, y salario más formación, de otro. Estos vínculos responden a lo que técnicamente se consideran auténticas y específicas modalidades contractuales para instrumentar, en su propia configuración, ciertas políticas de fomento del empleo; en concreto, las diseñadas para alcanzar dos objetivos esencialmente: por una parte, mejorar la cualificación o experiencia de los así empleados y, por otra, incrementar las oportunidades laborales de los trabajadores jóvenes, al permitir a la empresa que los contrata contar con ciertas ventajas que de alguna forma estimulen y compensen esa falta de capacitación y rentabilidad inicial del trabajador<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> [https://www.google.com/aclk?sa=L&ai=DChcSEwi4u4zi7I\\_0AhWejGgJHRvIA8wYABAAAGg-J3Zg&ae=2&sig=AOD64\\_2XnjramXLeVtM3OjcMERANLmTxoQ&q&adurl&ved=2ahUKewi4gYbi7I\\_0AhX-V8OAKHTVaCb4Q0Qx6BAGCEAE](https://www.google.com/aclk?sa=L&ai=DChcSEwi4u4zi7I_0AhWejGgJHRvIA8wYABAAAGg-J3Zg&ae=2&sig=AOD64_2XnjramXLeVtM3OjcMERANLmTxoQ&q&adurl&ved=2ahUKewi4gYbi7I_0AhX-V8OAKHTVaCb4Q0Qx6BAGCEAE)

<sup>16</sup> Molina Navarrete, C., “El futuro de las juventudes perdidas: en el punto de mira de las reformas: ¿educación-ciudadanía versus formación-empleabilidad?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, 463/2021, p. 14.

<sup>17</sup> [https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/plan\\_recuperacion\\_130\\_medidas\\_tcm30-524369.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/plan_recuperacion_130_medidas_tcm30-524369.pdf)

<sup>18</sup> Cavas Martínez, F., “Los contratos formativos en la reforma laboral de 2010”, *Aranzadi Social*, 11/2010, (BIB 2010/2019)

Aun cuando dichos nexos unen al común denominador del componente laboral, la diferencia específica de la función educativa, encauzada al aprendizaje real de un oficio o profesión<sup>19</sup>, sin embargo en España han venido alcanzando un porcentaje marginal en relación con el resto de los contratos<sup>20</sup>. Ello puede encontrar justificación en la estructura del sistema productivo español, mayoritariamente anclada sobre sectores no industriales (comercio y hostelería) y sobre pequeñas empresas, donde la cualificación no resulta decisiva<sup>21</sup>. Es más, las repetidas modificaciones operadas en las modalidades contractuales albergadas en el art. 11 ET habían venido creando “una situación difícilmente cognoscible (aún por el estudioso del Derecho del Trabajo), que hacía muy difícil para las pequeñas y medianas empresas de este país su cabal utilización”<sup>22</sup>. En concreto, en diciembre de 2021, los contratos para la formación solamente alcanzaron el porcentaje del 0,24 por 100 del total de la contratación ( 3.577) y los contratos en prácticas llegaron únicamente al 0,35 por 100 (5.246).

Precisamente la escasa utilización porcentual de los contratos formativos, agravada por las secuelas de la pandemia y sus rebotes, y el permanente alto índice del desempleo juvenil, así como la necesidad de corregir algunos defectos técnicos, han motivado un replanteamiento del régimen jurídico aplicable a estos nexos de la mano del Real Decreto Ley 32/2021, intentando afianzar su característica más singular, cual es esencialmente la “formación”, tan necesaria en los momentos actuales de reconversión de los procesos productivos más exigentes en cualificaciones profesionales por obra de la recesión económica y las transiciones digital y ecológica. Todo ello sin dejar de apostar, al tiempo, por incorporar importantes garantías frente a posibles abusos y usos irregulares.

La nueva regulación trata de conseguir la ansiada inserción laboral no mediante la precarización de condiciones laborales o el mero establecimiento de incentivos económicos, sino por el cauce de apostar por la empleabilidad a través de procesos de cualificación<sup>23</sup>, estableciendo a tal fin dos categorías distintas de contratos formativos, suprimiendo las tres anteriores (el contrato para la formación y el aprendizaje, el contrato en prácticas y el contrato para la formación dual universitaria): una, el contrato de formación en alternancia y, dos, el contrato formativo para la obtención de práctica profesional. Aunque en ambos cauces aparece ahora más difuminado el tope de edad, lo cierto es los trazos de su dibujo siguen pensando en los jóvenes como principales destinatarios.

#### 4. ASPECTOS COMUNES A LAS DOS MODALIDADES DE CONTRATOS FORMATIVOS

En un contexto donde los trabajadores de todas las edades se ven obligados cada vez con mayor frecuencia a adaptar sus competencias al cambio tecnológico y a actualizarlas continuamente, son claves las inversiones adecuadas en capital humano a través de sistemas

<sup>19</sup> Montoya Melgar, A., “El contrato de trabajo en prácticas”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, 4/1998, pp. 269 y ss.

<sup>20</sup> Fernández Domínguez, J.J., “El trabajo de los jóvenes por cuenta ajena. Contrato de trabajo en prácticas y para la formación”, en AA.VV., *El trabajo de los jóvenes por cuenta ajena. Contrato de trabajo en prácticas y para la formación* (Rodríguez Escanciano, S., Dir.), Cescyl, Valladolid, 2012, pp. 337 y ss.

<sup>21</sup> Fernández Márquez, O., “Seis tesis generales sobre la reforma de los contratos formativos de 2022”, *Labos*, 1/2022, p. 186.

<sup>22</sup> Tascón López, R., “Dificultades en el empleo de los jóvenes (barreras jurídicas estructurales y otros problemas)”, en AA.VV., *Empleo juvenil: un reto para Europa* (Fernández Fernández, R., Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 155.

<sup>23</sup> Vila Tierno, F., “El contrato formativo en sus dos modalidades”, en AA.VV., *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, (Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs.), Laborum, Murcia, 2022, p. 34.

de educación y formación que mejoren el aprendizaje, como forma idónea de impulsar la innovación y aumentar la productividad y la competitividad, además de facilitar la inclusión social de aquellos colectivos que presentan mayores dificultades para conseguir un trabajo digno como sucede con los jóvenes<sup>24</sup>, rediseñando a tal fin los tradicionales contratos formativos con una nueva formulación, que atesora unas notas comunes, las pueden resumirse en las siguientes<sup>25</sup>: 1) Se permite la celebración a tiempo parcial de las vías formativas, aspecto que anteriormente no era posible por su prohibición expresa para el contrato de formación y aprendizaje, habiéndose eliminado ahora dicha exclusión<sup>26</sup>; 2) La acción protectora de la Seguridad Social comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo (modificándose el art. 267.1.6º LGSS para referir la nueva denominación de los contratos en cuanto a considerar la finalización como situación legal de desempleo) y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial; 3) Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo; 4) El nexo deberá formalizarse por escrito, incluyendo el plan formativo individual, que se convierte en el núcleo formal de la causalidad<sup>27</sup>; 5) Los límites de edad y duración máxima del vínculo no serán aplicables cuando se concierte con personas con discapacidad o con colectivos en situación de exclusión social; 6) Por convenio colectivo sectorial estatal o autonómico o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse; 7) Por convenio colectivo (sin especificar ámbito) se fijarán criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa con estos contratos, así como posibles compromisos de conversión en indefinidos; 8) El contrato se entenderá celebrado por tiempo indefinido si se suscribiera en fraude de ley o se incumplieran las obligaciones formativas por la empresa (sin necesidad, por tanto, de que el incumplimiento sea total); 9) Los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados sobre los acuerdos de cooperación educativa o formativa, sobre los planes y programas individuales y sobre los requisitos y condiciones de desarrollo de la actividad de tutorización; 10) La empresa tiene derecho a solicitar por escrito al Servicio Público de Empleo información relativa a si las personas a contratar han estado previamente vinculadas bajo modalidad formativa y tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima; 11) La empresa debe informar a los trabajadores sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes (sin necesidad de que tengan conexión con la capacitación o experiencia de los afectados) a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás. Se trata de una obligación formal de información que no genera ningún tipo de preferencia a ocupar estos puestos de trabajo<sup>28</sup>; 12) Se remite al desarrollo reglamentario, previa consulta con la Administración competente, el número de contratos por tamaño del centro, las personas en formación por tutor o tutora o las exigencias en relación con la estabilidad en la plantilla; 13) Se da una nueva redacción al art. 6.5 LISOS para incluir las nuevas denominaciones contractuales; 14) Se establece un régimen transitorio en virtud del cual los anteriores contratos para

<sup>24</sup> Recomendación de la Comisión Europea COM(2017) 770 final, de 22 de noviembre de 2017, sobre la política económica de la zona euro, considerando 13.

<sup>25</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Los contratos formativos como instrumento de política juvenil: análisis y propuestas”, en AA.VV., *Trabajo y Seguridad Social de la juventud, I Jornadas ITSS/AESSS*, (Illueca Ballester, H.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs.), Laborum, Murcia, 2022, pp. 137 y ss.

<sup>26</sup> Rodríguez Romero, R., “Los contratos formativos a la luz del Real Decreto Ley 32/2021: un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos”, Brief aedtss, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/rosa-rodriguez.pdf>

<sup>27</sup> Gualda Alcalá, F.J.; Gualda Alcalá, M.; Álcara De la Torre, B. y Jávega Gil, B., *El impacto del RDL 32/2021 en el sistema de contratación, la negociación colectiva y los mecanismos de flexibilidad interna en la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2022, p. 126.

<sup>28</sup> García Viña, J., *La nueva regulación laboral. Comentarios a la reforma laboral 2021 y 2022*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 60.

la formación y aprendizaje y prácticas suscritos conforme a la anterior legislación van a mantener su vigencia “hasta su duración máxima” (disposición transitoria 1ª Real Decreto Ley 32/2021); 15) Se diseñan reglas de compatibilidad con las situaciones de crisis de empresa, autorizando la celebración de contratos formativos en los supuestos de suspensión de la actividad empresarial regulados en los arts. 47 y 47 bis ET, siempre que no se destinen a sustituir a personas afectadas por las medidas contempladas en dichos preceptos<sup>29</sup>; 16) Las empresas que celebren contratos formativos con trabajadores con discapacidad tendrán derecho a una bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, durante la vigencia del contrato, del cincuenta por ciento de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, previstas para estos contratos. Continuarán siendo de aplicación a los contratos formativos que se celebren con trabajadores con discapacidad que trabajen en centros especiales de empleo las peculiaridades que para dichos contratos se prevén en el art. 7 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio (nueva disposición adicional 20ª ET); 17) A la espera de la promulgación del Estatuto del Becario, se avecinan problemas en el deslinde de las fronteras entre los becarios y los trabajadores contratados en formación; 18) El art. 49.1 c) ET sigue excluyendo de la indemnización por finalización de contrato temporal (doce días de salario por cada año de servicio o la específicamente prevista) a los contratos formativos.

Ahora bien, pese a todas estas coincidencias no cabe olvidar, empero, que el objetivo formativo en cada modalidad regulada en el art. 11 ET es completamente diferente. Mientras que, en el caso del contrato de formación en alternancia, la formación se proyecta tanto en el plano teórico, como en el práctico, configurando al propio contrato como vehículo necesario para la obtención de la titulación o certificado de profesionalidad correspondiente, en el caso del contrato para la obtención de una práctica profesional, la formación se obtiene a través de una práctica profesional adecuada al nivel que estudios del que trae causa y que la persona ha cursado, y respecto del que ya ha obtenido el título correspondiente, de manera que, en este caso, el contrato no es el vehículo para la obtención del título<sup>30</sup>.

## 5. CONTRATO PARA LA OBTENCIÓN DE PRÁCTICA PROFESIONAL

Siguiendo el modelo de su precedente, su objetivo se centra en mejorar la inserción laboral de los trabajadores titulados —sean jóvenes o no—, pero que carecen de experiencia laboral o esta es limitada, tratando de romper el círculo vicioso que impide al recién titulado acceder a su primer empleo por carecer de experiencia laboral y al mismo tiempo le impide obtener experiencia porque no puede acceder a su primer empleo<sup>31</sup>.

Al igual que sucedía con anterioridad, la celebración de este nuevo vínculo va unida a la disposición de un título, que ahora se concreta en: universitario, de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional o equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral (art. 11.3 ET). Sigue siendo esencial la vinculación que, por imperativo legal, debe existir entre la adquisición de la práctica

<sup>29</sup> Lo cual no incide para nada en la regulación de las acciones formativas llevadas a cabo por las empresas a favor de aquellas personas afectadas por el ERTE, que van a tener derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el nuevo ap. 7 del art. 9 Ley 30/2015 (de 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona; de 10 a 49: 400 euros por persona; y de 50 o más: 320 euros por persona).

<sup>30</sup> Mercader Uguina, J.R. y Moreno Solana, A., “La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento de potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, monográfico/2022, p. 69.

<sup>31</sup> López Gandía, J., “El contrato de aprendizaje y el contrato en prácticas en la perspectiva de la reforma del mercado de trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 4/1994, pp. 129 y ss.

profesional y los estudios cursados<sup>32</sup>, de manera que la empresa ha de elaborar un plan formativo individualizado en el que conste el contenido de la actividad profesional y la asignación de un tutor o tutora que cuente con formación o experiencia adecuadas para el desarrollo de un seguimiento óptimo<sup>33</sup>.

Se reduce el plazo máximo de obtención del título a tres años o a cinco si se trata de una persona con discapacidad (antes cinco y siete años, respectivamente)<sup>34</sup> para la celebración del contrato. No se podrá suscribir con quien ya haya obtenido experiencia en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses, sin que se computen a estos efectos los periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido durante el tiempo de estudiante.

La duración no podrá ser inferior a seis meses (igual que antes)<sup>35</sup> ni exceder de un año (antes dos años). Nadie podrá ser contratado en la misma o distinta empresa por tiempo superior al máximo previsto en virtud de la misma titulación o certificado. Tampoco cabe contratación por tiempo superior al máximo aunque se trate de distinta titulación o certificado, si bien esta limitación queda referida a la misma empresa y para el mismo puesto. Igual que sucedía con anterioridad, los títulos de grado, máster y doctorado no se consideran la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez la persona trabajadora estuviera ya en posesión del título.

No se permite la realización de horas extraordinarias salvo para la reparación de daños extraordinarios o urgentes o por razones de fuerza mayor. Coincidiendo con la regulación previa, la persona trabajadora tiene derecho a la certificación de la práctica realizada, una vez finalizado el contrato<sup>36</sup>.

La retribución del tiempo de trabajo efectivo será la fijada en convenio colectivo aplicable para estos contratos o en su defecto para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, sin que pueda ser inferior a la mínima establecida para el contrato de formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional. Desaparece así el anterior sistema de fijación de porcentajes mínimos en función de los periodos de prácticas cuya distribución no encontraría correspondencia con el nuevo máximo autorizado de un año<sup>37</sup>. Así pues, la situación de los trabajadores, antes contratados en prácticas y ahora con un contrato para la obtención de la práctica profesional, que no varía en nada en los objetivos sustanciales de ese contrato y que se dirige al mismo sector de la población, queda en situación más precaria en lo que a su salario se refiere. De hecho, ahora puede no existir ninguna diferencia, en materia salarial, entre los dos modelos de contratos formativos, cuando en uno los trabajadores no han finalizado sus estudios y en otro el trabajador se supone ya está más cualificado para el desarrollo de una actividad

<sup>32</sup> Costa Reyes, A., “Contratación laboral y temporalidad: modalidades y problemáticas a la luz de la doctrina judicial”, en AA.VV., *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, (Navarro Nieto, F. y Costa Reyes, A., Coords.), Bomarzo, Albacete, 2021, p. 201.

<sup>33</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 55.

<sup>34</sup> Fernández Domínguez, J.J., “El trabajo de los jóvenes por cuenta ajena. Contrato de trabajo en prácticas y para la formación”, en AA.VV., *El trabajo de los jóvenes por cuenta ajena. Contrato de trabajo en prácticas y para la formación*, (Rodríguez Escanciano, S., dir.), Cescyl, Valladolid, 2012, pp. 337 y ss. ó Molina Navarrete, C., “El futuro de las juventudes perdidas en el punto de mira de las reformas: ¿educación-ciudadanía versus formación-empleabilidad?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, 463/2021, p. 10.

<sup>35</sup> Valle Muñoz, F. A., “El contrato en prácticas incentivado como instrumento de inserción laboral”, en AA.VV., *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, (Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A., Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 398.

<sup>36</sup> Camas Rodas, F., “El contrato de trabajo en prácticas”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, (Goerlich Peset, J.M., Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 259 y ss.

<sup>37</sup> Prados de Reyes, F.J., “Contratos formativos en la reforma laboral de 2021”, Brief aedtss, <https://www.aedtss.com/contratos-formativos-i/>

profesional<sup>38</sup>. En todo caso, la regla a aplicar para fijar la retribución es la siguiente: debe estarse, en primer término, a lo establecido por el convenio aplicable a la empresa (que nunca podrá ser inferior a la retribución del contrato de formación en alternancia) y, en su ausencia, la retribución del contrato para la obtención de la práctica profesional tendría que ser la del grupo profesional que corresponda sin aplicar reducción alguna, siendo siempre aplicable el suelo del salario mínimo interprofesional<sup>39</sup>.

Todo ello sin olvidar que la Orden TES/1152/2021, de 24 de octubre, regula, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, un contrato formativo específico para el sector público, denominado “Programa de primera experiencia profesional en las Administraciones Públicas”, que tiene por objetivo desarrollar un plan de primeras experiencias profesionales en el seno de los servicios de interés general. De este programa se beneficiarán personas jóvenes desempleadas mayores de 16 y menores de 30 años, cuya etapa formativa se haya completado y acreditado en lo que a conocimientos se refiere. El objetivo es facilitar mediante un contrato de trabajo, la adquisición de competencias «soft», así como de habilidades sociales y profesionales –empatía, creatividad, dotes de liderazgo, capacidad de adaptación, entre otras–, relacionadas con la actitud de la persona trabajadora. A través del programa de primera experiencia, se cubrirán preferentemente puestos en tareas relacionadas con la transición ecológica y la economía verde, la digitalización de servicios, la cohesión social –la atención de la dependencia e intervención con colectivos vulnerables o la rehabilitación de entornos y vivienda–, así como el desarrollo local rural”.

## 6. CONTRATACIÓN EN ALTERNANCIA

Este vínculo, asimilable al anterior contrato para la formación y el aprendizaje, tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo (art. 11.2 ET). Acoge, por tanto, la modalidad dual también para los estudios universitarios. En relación con esta última posibilidad, cabe recordar que fue la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, la que, a través de su disposición final 36<sup>a</sup>, incorporó a nuestro ordenamiento el llamado contrato para la formación dual universitaria<sup>40</sup>, que se configuraba como un cauce idóneo para permitir a los estudiantes universitarios obtener la práctica profesional adecuada a sus estudios, mejorando sus competencias y habilidades profesionales y, en última instancia, su empleabilidad, lo que les facilitaría incorporarse posteriormente al mercado ordinario de trabajo. Ahora bien, tal previsión no había sido objeto de desarrollo reglamentario. Hasta el momento, únicamente el art. 22 Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias, preveía que “los títulos universitarios oficiales de Grado y de Máster podrán

<sup>38</sup> Cevilla Garzón, M.J., “El avance hacia la menor temporalidad y la mayor capacidad formativa del nuevo contrato formativo”, *IUSLabor*, núm. 1, 2022, p. 42.

<sup>39</sup> Mercader Uguina, J.R. y Moreno Solana, A., “La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento de potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes”, op. cit., p. 77.

<sup>40</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 31. Esta disposición remitió al desarrollo reglamentario la posibilidad de obtener un título universitario, a través de una fórmula contractual combinada en el proceso de aprendizaje, desarrollado en el centro de formación –la universidad– y en la entidad colaboradora –empresas, administraciones y otras instituciones–. Su objetivo central era dotar al estudiante universitario de una cualificación profesional de calidad, contemplándose como instrumentos para conseguir la combinación de actividad laboral retribuida en una empresa con protección íntegra en materia de Seguridad Social y de actividad formativa en la universidad y, como efecto colateral previsto, la mejor inserción laboral del joven universitario ahora profesionalmente cualificado. Por extenso, Moreno Gené, J., “El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario”, *e- Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, núm. 1, 2021, p. 190.

incluir la mención dual, que comporta un proyecto formativo común que se desarrolla complementariamente en el centro universitario y en una entidad colaboradora, que podrá ser una empresa, una organización social o sindical, una institución o una administración, bajo la supervisión y el liderazgo formativo del centro universitario, y cuyo objetivo es la adecuada capacitación del estudiantado para mejorar su formación integral y mejorar su empleabilidad”, llevándose a cabo la actividad formativa a través de la vía establecida en el entonces art. 11.3 ET<sup>41</sup>, ahora reconducida al contrato formativo en alternancia.

A la luz de la nueva regulación estatutaria, los sujetos que pueden celebrar el contrato son, al igual que sucedía con anterioridad, aquellos que carecen de titulación para realizar un contrato formativo para la obtención de práctica profesional<sup>42</sup>, de manera que si tuvieran titulación previa solo podrán acogerse a esta vía si no hubieran tenido otro contrato formativo previo asignado a una formación del mismo nivel y del mismo sector productivo. Es más, solo podrá celebrarse un contrato de formación en alternancia por cada programa de estudios conducente a la obtención de la titulación.

Desaparece el límite general de 25 años como máximo para celebrar este contrato. De esta forma, la edad tope se establece ahora en hasta 30 años pero sólo cuando el contrato se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2 y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación que formen parte del catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. No obstante, esta exigencia también queda excusada en ciertos supuestos. A tal efecto, la disposición final 2ª Real Decreto 32/2021 introduce una disposición adicional 9ª a la LE cuyo rótulo alude a “contratos vinculados a programas de activación para el empleo”, estableciendo en su apartado 2 que “las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación podrán ser contratados a través del contrato formativo previsto en el art. 11.2 ET”<sup>43</sup>. No se establece límite ni para la formación profesional de grado superior ni para la universitaria con el fin de remarcar el diseño de esta figura como medida de política de empleo. Es más, ni siquiera aparece ahora la opción de que, vía negociación colectiva, puedan establecerse límites en la edad máxima del trabajador contratado. El contrato, por tanto, se aleja de los jóvenes y se acerca a la población con escasa formación, ampliando las posibilidades de suscripción para las empresas<sup>44</sup>.

La persona contratada contará con dos personas tutoras: una, designada por el centro o entidad de formación y otra por la empresa que deberá estar suficientemente cualificada para el seguimiento del plan formativo individualizado. Este instrumento adquiere importancia capital, pues marcará no sólo el contenido de la formación, calendario y actividades, sino también la duración del contrato, que se extenderá entre un mínimo de tres meses (antes un año) y un máximo de dos años (antes tres), sin que nada impida, dentro de este espacio temporal, de un lado, la suscripción del vínculo con varias empresas y, de otro, el desarrollo de forma discontinua. No obstante, no se podrá celebrar cuando la actividad o puesto se haya desempeñado con anterioridad en la misma empresa bajo cualquier modalidad por tiempo superior a seis meses (antes doce). La reducción de los lapsos temporales es, pues, manifiesta.

<sup>41</sup> Martínez Barroso, M.R. y Megino Fernández, D.: *La formación en un mercado laboral tecnificado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 66.

<sup>42</sup> Ballester Pastor, M.A., “La formación teórica en el contrato de aprendizaje”, *Actualidad Laboral*, 1/1995, pp. 31 y ss. ó Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *Relaciones Laborales*, 23-24/2012, pp. 49 y ss.

<sup>43</sup> Goerlich Peset, J.M.: “La reforma de la contratación laboral”, en AA.VV., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto Ley 32/2021*, (Goerlich Peset, J.M.; Mercader Uguina, J.R. y De La Puebla Pinilla, A.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 107.

<sup>44</sup> Cervilla Garzón, M.J., “El avance hacia la menor temporalidad y la mayor capacidad formativa del nuevo contrato formativo”, op cit., p. 25.



La elaboración del plan formativo corresponde a los centros de formación profesional, a las entidades formativas acreditadas o inscritas o a los centros universitarios con la colaboración de las empresas, si bien de cara a controlar su efectivo cumplimiento, se establece la obligación de informar del acuerdo o convenio colaborativo suscrito, incluyendo el mencionado plan, a los representantes legales de los trabajadores (art. 11.5 ET)<sup>45</sup>.

El contrato podrá celebrarse a jornada completa o parcial, posibilidad esta última eliminada hasta la reforma de 2021, pero se prohíbe llevar a cabo horas complementarias<sup>46</sup>. Además, se imposibilita la inclusión de un período de prueba, pues la finalidad del vínculo es potenciar las aptitudes de la persona trabajadora<sup>47</sup>, de manera que para la extinción *ante tempus* habrá que acudir a las causas objetivas generales (art. 52 ET) y, obviamente, a las disciplinarias, si fuera el caso<sup>48</sup>.

El tiempo de trabajo efectivo no podrá ser superior al 65 por 100 durante el primer año y al 85 por 100 durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada máxima legal (antes, 75 por 100 y 85 por 100, respectivamente)<sup>49</sup>. Dicho en otros términos, la formación teórica no podrá ser inferior al 35 por 100 el primer año y al 15 por 100 el segundo. El contenido de la formación teórica queda remitido al posterior desarrollo reglamentario, que deberá guardar sintonía con la nueva Ley Orgánica 3/2022, de 3 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. Está prohibida la realización de horas extraordinarias, trabajo nocturno y trabajo a turnos, si bien excepcionalmente se admiten las dos últimas vías cuando el aprendizaje no pueda realizarse en otros períodos atendiendo a la naturaleza de la actividad.

La retribución viene modulada por el componente formativo, es decir, por el hecho de que no toda la jornada de trabajo se destina a la prestación efectiva de servicios, de manera que será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación, si bien en su defecto no podrá ser inferior al 60 por 100 el primer año ni al 75 por ciento en el segundo, respecto de la fijada en texto paccionado para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas en proporción al tiempo de trabajo efectivo, con el límite mínimo del salario mínimo interprofesional aplicado también bajo la regla de la proporcionalidad.

Como ya hiciera su antecesor, el art. 11.4 a) ET extiende la acción protectora del sistema de Seguridad Social a todas las contingencias protegibles y a las distintas prestaciones, incluyendo, entre ellas, el desempleo y la cobertura dispensada por el Fondo de Garantía Salarial<sup>50</sup>. La cotización de las personas contratadas en régimen de formación en alternancia se regula en la nueva disposición adicional 43<sup>a</sup> LGSS de conformidad con las siguientes reglas: 1) Cuando la base de cotización mensual por contingencias comunes no supere la base

<sup>45</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F.: *La contratación laboral en la reforma de 2021*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 41.

<sup>46</sup> Goerlich Peset, J.M., “La reforma de la contratación laboral”, op. cit., p. 107.

<sup>47</sup> Vila Tierno, F.: “El contrato formativo en sus dos modalidades”, op. cit., p. 34.

<sup>48</sup> Costa Reyes, A.: “La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 32/2021”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, 467/2022, p. 70.

<sup>49</sup> Fernández Fernández, R.: “El contrato para la formación y el aprendizaje como herramienta para aumentar la empleabilidad de los jóvenes”, en AA.VV., *La empleabilidad de los jóvenes: desde las fórmulas tradicionales a las nuevas*, (Fernández Domínguez, J.J. y Rodríguez Escanciano, S., Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 17 y ss.; Guamán Hernández, A., “Contrato para la formación y el aprendizaje”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, (Goerlich Peset, J.M., Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 271 y ss.; Garate Castro, F.J., “El nuevo régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje”, *Actualidad Laboral*, 8/2012, p. 1. ó Esteban Legarreta, R., “El contrato para la formación y el aprendizaje. Perspectiva crítica tras las últimas reformas”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 6/2019, p. 30.

<sup>50</sup> Romero Burillo, A. M., “El contrato para la formación y el aprendizaje como mecanismo de fomento de la inserción laboral de los jóvenes”, en AA.VV., *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, (Moreno Gené, J. y Romero Burrillo, A. M., Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 353.

mínima mensual de cotización del régimen general, el empresario ingresará mensualmente las cuotas únicas que determine para cada ejercicio la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siendo la cuota por contingencias comunes por cuenta del empresario y del trabajador, y la cuota por contingencias profesionales a cargo exclusivo del empresario. Igualmente, ingresará las cuotas únicas correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, que serán a su exclusivo cargo, así como las correspondientes a desempleo y por formación profesional, que serán a cargo del empresario y del trabajador, en las cuantías igualmente fijadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. 2) Si la base de cotización es superior a las bases mínimas se sumarán las cuotas únicas de la Ley de Presupuestos y las cuotas resultantes de aplicar los tipos de cotización que correspondan al importe que exceda la base de cotización mensual anteriormente indicada de la base mínima. 3) La base de cotización será la mínima del régimen general salvo que sea superior, aplicándose esta última. 4) En caso de contratación a tiempo parcial se tomarán en cuenta igualmente las indicadas reglas.

Se plantea la duda de si se mantiene o no la posibilidad de acudir al sistema de formación dual sin un contrato laboral en los términos de los arts. 28 y ss. Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre. Tal interrogante merece, en principio, una respuesta positiva, no en vano esta vía se recoge también en la Ley Orgánica 3/2022 con la denominación de “carácter general” frente a la “intensiva” que es la que se lleva a través de la vía contractual aquí analizada. Caben, por tanto, instrumentos de formación profesional asociados al sistema educativo, que cuentan con la participación de centros de enseñanza y empresas, sin mediar vínculo laboral, materializados a través de convenios de cooperación, que son los encargados de regular toda la dinámica: calendarios, tutores, seguros, número de estudiantes participantes, etc<sup>51</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN

Cierto es que el desempleo juvenil constituye una de las principales disfunciones del mercado de trabajo en España, con implicaciones directas sobre la solvencia pecuniaria presente y futura de los jóvenes parados y su entorno, e indirectas sobre el conjunto de la economía<sup>52</sup>. No menos verdad resulta que concurren una serie de factores estructurales en nuestro mercado de trabajo y en el modelo de relaciones laborales que parecen ejercer un efecto exclusión sobre gran parte del colectivo de jóvenes<sup>53</sup>, principalmente los que cuentan con menor formación, condenándoles a unos niveles de desempleo y precariedad muy superiores a los de la ya de por sí elevada media general, que la situación de crisis económica, la invasión de Ucrania y la pandemia por la COVID-19 han contribuido a agravar<sup>54</sup>. Esta verdad un tanto incómoda ha tratado de ser revertida por el Real Decreto Ley 32/2021, que ha procedido a la corrección de algunos defectos en la regulación de los contratos formativos, en aras principalmente a afianzar su objeto, dando protagonismo sustancial al programa formativo individualizado con el fin de aumentar su reducida utilización en aras a mejorar las tasas de ocupabilidad juveniles. Ahora bien, esta reforma debe de ser sólo el primer paso para instaurar unas reformas sucesivas de calado, diseñadas a modo de

<sup>51</sup> López Gandía, J., “Los contratos formativos tras la reforma laboral de 2021”, *Net21*, 8/2022.

<sup>52</sup> Cavas Martínez, F., “Los incentivos al empleo juvenil en el contexto de las políticas públicas de empleo y protección social”, *Revista Derecho de la Seguridad Social*, monográfico/2016, p. 24.

<sup>53</sup> Según las estadísticas del SEPE, en mayo de 2022, los porcentajes de los contratos formativos siguen siendo muy bajos: 0,38 por 100 (3.465) en los contratos de práctica profesional y 0,34 por 100 (3.115) en los contratos en alternancia. <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/paro.html>

<sup>54</sup> Cristóbal Roncero, R., “Los instrumentos jurídicos de empleo juvenil vinculados a la formación”, en AA.VV., *Retos de la formación en el empleo juvenil*, (Cristóbal Roncero, R., Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 153.

contrato social entre el Gobierno y los interlocutores sociales<sup>55</sup>, para soterrar las dificultades constitutivas a las que se enfrentan los jóvenes a la hora de encontrar y mantener empleos de calidad, sobre todo cuando presentan un bajo y medio estatus formativo, pues son los más propensos a sufrir una mayor inestabilidad y un déficit de horas de trabajo que no garantizan un sueldo mínimo necesario para emanciparse y vivir de forma independiente en condiciones dignas.

Así pues, se debe prestar atención especial a la necesidad de revertir el mayor foco problemático, eso es, el panorama de jóvenes descualificados o poco adiestrados, sin dejar de atender tampoco el hándicap de aquellos que carecen de experiencia práctica, consiguiendo un verdadero trampolín hacia el mundo del trabajo ordinario en condiciones óptimas, evitando soluciones cortoplacistas que pudieran causar el efecto perverso de su localización permanente en el empleo protegido<sup>56</sup>. Con mayor amplitud de miras, se debe dar cumplimiento a la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, donde se pide a los Estados miembros que velen por la integración de los trabajadores más jóvenes en el mercado laboral (enunciado 104)<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> En la terminología utilizada por la OIT en su informe “Tendencias mundiales del empleo juvenil 2020”, analizado por López Ahumada, E.: “Crisis del empleo y trabajo juvenil: un debate necesario y trascendente”, *Revista de Estudios Latinoamericanos*, 12/2021, pp. 9 y ss.

<sup>56</sup> González Ortega, S., “Prólogo”, en Gómez-Millán Herencia, M.J., *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011, p. 7.

<sup>57</sup> Comisión Europea, *Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa*, Bruselas, 2017, p. 17.

# **SECRETOS EMPRESARIALES VERSUS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE TRABAJADORES Y REPRESENTANTES**

EVA GARRIDO PÉREZ

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

Universidad de Cádiz

## **SUMARIO:**

- 1. EL NUEVO (Y CASI DESCONOCIDO) MARCO DE DEFINICIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES**
- 2. APROXIMACIÓN A LOS CONTENIDOS Y ALCANCE DE LA DIRECTIVA 2016/943 EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES**
- 3. EL IMPACTO DE LA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES SOBRE DERECHOS LABORALES DE TRABAJADORES Y REPRESENTANTES**
- 4. A MODO DE CONCLUSIONES: EL NUEVO PARADIGMA DE IMPLICACIÓN DE TRABAJADORES Y REPRESENTANTES EN LA PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES**

## 1. EL NUEVO (Y CASI DESCONOCIDO) MARCO DE DEFINICIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES

La preservación de ciertas manifestaciones del derecho de intimidad en el ámbito de la empresa ha experimentado una notable proyección y relevancia tratándose particularmente de la privacidad del trabajador individualmente considerado (protección de datos personales, intimidad retributiva, desconexión digital, etc.). Pero junto a ello, cabe reconocer asimismo la existencia de un ámbito de intimidad empresarial al que pueden reconducirse informaciones o datos que no son solo de estricto carácter personal, sino que también tienen su origen en el contexto empresarial en el que el sujeto despliega una actividad, en el modo en que ésta se gestiona y desarrolla, y que en definitiva son de la titularidad del empresario mismo. Si bien la protección a la intimidad personal se reconduce básicamente por canales constitucionales, la que pudiera dispensarse a informaciones reservadas de carácter empresarial discurre a través de otros y bien diferenciados mecanismos.

Cierto es que hoy en día la información ostenta un evidente valor estratégico y económico en un mundo empresarial tan sumamente innovador y competitivo. Pero dicho valor, a la hora de otorgarle relevancia jurídica y de concederle un ámbito de protección, no puede quedar definido tan solo por la persona titular de la empresa, más aún cuando ese eventual ámbito de protección podría implicar la limitación en el ejercicio de derechos que asisten a quienes accedieran lícitamente a la información. De ahí la necesidad de que, a la apreciación del sujeto empresarial, que valora una determinada información con la importancia y trascendencia necesaria como para mantenerla reservada o secreta, se una el valor efectivo e intrínseco de dicha información para la realidad empresarial. A tal efecto, las miras se dirigen hacia la posibilidad de definir *a priori* aquellas informaciones que pueden tener ese valor intrínseco para la empresa y con ello merecedoras de una especial protección jurídica; en definitiva, a una inicial determinación de qué ha de entenderse como secretos industriales o comerciales sometidos a un ámbito especial de tutela.

Hasta la aparición de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, no existía en el derecho español una normativa que expresamente identificara los datos o informaciones que pudieran quedar conceptuados como un secreto comercial o industrial. Sí es cierto que en el ámbito mercantil se mencionan los denominados secretos empresariales, cuya divulgación o explotación, sin autorización de su titular, se considera como una práctica desleal (art. 13.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal). Asimismo, en el orden penal constituye un delito la difusión, revelación o cesión de un “secreto de empresa” (art. 279 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal). Pero ni en uno u otro texto legal se define aquello que constituye el aspecto material de referencia, y a pesar de la labor integradora que al respecto ha venido realizando la jurisprudencia<sup>1</sup>, la ausencia de una conceptualización legal y sobre todo de un sistema básico e integrado de protección de los secretos empresariales, se hacía sentir no solo en el orden penal y en el de la competencia, sino también en otros terrenos a los que alcanzaban las raíces y las ramificaciones de los secretos empresariales, como resultaba ser sin duda el entorno laboral especialmente acuciado, con mayor intensidad en épocas recientes, por requerimientos de innovación, de creatividad y de competitividad como elementos de dinamización de las empresas y por derivación del propio mercado económico y de empleo.

---

<sup>1</sup> En efecto, la jurisprudencia venía supliendo dicha carencia legal con un concepción funcional-práctica que consideraba como secretos de empresa los propios de la actividad empresarial que, de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, podrán afectar a su capacidad competitiva, y siendo pues sus notas características la confidencialidad (se quiere mantener bajo reserva), la exclusividad en cuanto propio de una empresa), el valor económico (ventaja o rentabilidad económica), y lícitud la actividad ha de ser legal para su protección). Al respecto, vid. SSTS (Salas de lo Penal) de 12.5.2008 (rec. 1467/2007); de 16.12.2008 (rec. 491/2008) y de 20.12.2018 (rec. 2585/2017).

En tal sentido se ha delineado un peligroso círculo vicioso en el que el crecimiento económico y el funcionamiento del mercado, dependiente de factores de innovación, inversión y gestión adecuada de la competitividad empresarial, se vería claramente mermado si las empresas se presentan menos innovadoras y creativas, y con menores inversiones en transformación e investigación, ante el riesgo de perder posición competitiva derivada de prácticas desleales de apropiación indebida de conocimientos técnicos y de amplios datos comerciales especialmente valiosos para las empresas.

A su vez, las diferencias y carencias de ordenación sobre secretos empresariales entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea se han identificado como un evidente riesgo de fragmentación en el mercado interior, distorsionando y obstaculizando el buen funcionamiento del mismo; riesgo que la propia Unión se ve forzada a evitar planteando en este ámbito la necesidad de establecer una norma destinada a aproximar las legislaciones de los Estados miembros “a fin de asegurar un nivel de tutela judicial civil suficiente y coherente en todo el mercado interior para los supuestos de obtención, utilización o revelación ilícitas de secretos comerciales”.

Nace así la Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos empresariales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Directiva que es causa y origen, por obligada transposición, de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. Ambos textos, que sí han recibido lógica atención desde la doctrina mercantilista, sin embargo han pasado casi desapercibidos entre la iuslaboralista, de modo que valga esta ocasión de homenaje a quien tanto aportó a la solidez de misma con sus inteligentes y profundos análisis, para expresar unas simples pinceladas de esta nueva ordenación de los secretos empresariales en su proyección sobre el ejercicio de ciertos derechos del que son titulares bien las personas trabajadoras individualmente consideradas o bien sus instancias de representación.

## **2. APROXIMACIÓN A LOS CONTENIDOS Y ALCANCE DE LA DIRECTIVA 2016/943 EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES**

Constatadas esas diferencias entre los Estados miembros en lo que respecta a la protección jurídica de los secretos empresariales, y con ello la falta de un nivel de salvaguardia equivalente en toda la Unión (Considerando 8º de la Directiva), se dispone pues un texto que ofrece un nivel de tutela de mínimos, en relación a otras ordenaciones y sistemas de protección más amplios en los Estados miembros. Y entre las no interferencias o afectaciones de esta Directiva respecto de otros ámbitos particulares de regulación, se incluye una de particular interés desde la ordenación de las relaciones laborales.

Se trata de la salvaguardia del “derecho de los interlocutores sociales a celebrar convenios colectivos, cuando estén previstos en el Derecho Laboral, en lo que respecta a cualquier obligación de no revelar un secreto comercial o limitar su utilización, y a las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación por la parte sujeta a la misma” (considerando 12º de la Directiva). Más concretamente, el art.1.2 de la Directiva se pronuncia de manera tajante en el sentido de que la misma no afectara “a la autonomía de los interlocutores sociales ni a su derecho a celebrar convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho y las prácticas nacionales” (letra d). De ello cabe pues deducir que lo contemplado en esta Directiva no impide, ni condiciona ni coarta la posibilidad de que en convenio colectivo se incluyan previsiones en orden a preservar informaciones confidenciales o secretas de la empresa, implicando a trabajadores que generen o conozcan, por razón de

su actividad laboral, tales informaciones, e incluyendo en su caso las consecuencias de un acceso, utilización o divulgación indebido y no consentido, siempre y cuando el convenio colectivo no coarte aquello que no está a su vez restringido o excepcionado en la propia Directiva.

Así pues, se hace preciso partir de la delimitación de aquello que se pretende proteger con esa ordenación de mínimos dispuesta desde la Unión Europea: el secreto comercial. Al respecto, la opción seguida por la Directiva es arriesgada y posiblemente la más factible, ante la dificultad de ofrecer un concepto unívoco que sea comúnmente aceptado, puesto que en lugar de ofrecer una definición cerrada e incluso listada de un secreto empresarial, se dirige a aclarar en base a qué circunstancias una determinada información o dato de origen empresarial debe ser considerado un secreto que se sitúe bajo el amparo del sistema protector.

En concreto, el art.2 de la Directiva, en sede de definiciones, conceptúa como secreto comercial la información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las condiciones de: a) que sea secreto en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento, ni fácilmente accesible para ellas; b) que tenga un valor comercial precisamente por ser secreto; y c) que haya sido objeto de medidas razonables por parte del titular para mantener tal carácter. En consecuencia, puesto que lo que sea secreto puede ser de amplia tipología, a la luz de los conceptos generales utilizados por la Directiva, esos dos requisitos que aparecen a modo de derivaciones definitorias de naturaleza complementaria (el valor comercial del secreto y su preservación mediante medidas razonables de protección), serán los que marquen la línea de delimitación del secreto empresarial protegido por la Directiva.

En relación a la exigencia del valor comercial, ya sea real o potencial, que debe concurrir en la información para ser secreta, la propia Directiva deja en una zona de cierta incertidumbre la cuestión del cómo o en base a qué factores se define ese valor comercial asociado, pues aquélla sólo apunta algunas estimaciones o aproximaciones que pueden servir de referencia, en definitiva, presunciones que van a necesitar demostraciones que bien confirmen o bien nieguen el calificativo de secreto. Concretamente, la Directiva parte de que “deben considerarse” que informaciones empresariales o conocimientos técnicos tienen valor comercial “cuando sea probable” que su obtención, utilización o revelación ilícitas “puedan” perjudicar los intereses económicos, financieros, estratégicos o competitivos de su titular. Como se observa, se trata de presunciones y eventualidades de partida (*se podría considerar*) y de resultado (*probabilidad de un eventual perjuicio*) de una acción ilícita que van a requerir actividad probatoria demostrativa de su concurrencia, de tal modo que, si no se constata ese perjuicio y su realidad, se rompe la presunción de partida de que una determinada información sea secreta. La misma falta de resolución se constata en la Directiva a la hora de concretar cuáles sean esas medidas que adopte el titular de una determinada información o documentación para preservar su carácter de secreta, dejando tan solo indicada que tales medidas han de ser razonables. Siendo así, bastando que sea pues adecuada y proporcionada a los fines de la protección, podrá tratarse de cualquier tipo de medida o actuación que se ajuste particularmente a cada índole de información secreta (ya sea un elemento estratégico, un desarrollo tecnológico, un dato financiero, etc.).

Mayor detalle expresa la Directiva, sin embargo, en lo que se refiere a la concreción del acto ilícito, esto es, la obtención, utilización o revelación de un secreto comercial no consentida o autorizada por su titular, dedicando a tal efecto una delimitación tanto en positivo como en negativo. En concreto, un primer precepto (art.3) se destina a recoger aquellas actuaciones o prácticas que serían constitutivas de una obtención, utilización o

revelación lícita de un secreto comercial. Así, por un lado, se considera que la obtención de un secreto comercial es lícita cuando se produce a través del “descubrimiento o la creación independientes” (art.3.1.a), previsión que sin duda admitiría el proceso de revelación de un dato o información, o de invención de un producto u objeto, por parte de una persona trabajadora con motivo u ocasión de su trabajo, y que pudiera calificarse como de secreto comercial.

Otra de las posibilidades de obtención lícita de un secreto comercial es a través del propio producto u objeto mediante la denominada ingeniería inversa<sup>2</sup>, si no hay una particular protección en materia de competencia desleal. Y a los mismos efectos, la mayor relevancia sin duda la ofrece la mención contenida en la Directiva a que también es obtención lícita de un secreto comercial si se realiza mediante “el ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho o las prácticas nacionales” (art.3.1.c). Obsérvese que la referencia al ejercicio de derechos de los representantes a ser informados y consultados, se apunta tan sólo como medio lícito de “obtención” de un secreto comercial, quedando fuera las actuaciones de utilización y revelación del mismo que ya afectarían a otro aspecto competencial de los representantes, no contemplado expresamente por la Directiva, cual es el derecho de estos a informar a los trabajadores representados. La duda que a primera vista surge es si la obtención lícita de un secreto comercial por haber sido informado de ello los representantes de los trabajadores, podría conllevar también con carácter general la licitud de su revelación a trabajadores o su utilización para el ejercicio de otras competencias asignadas a los representantes del personal. En una primera aproximación no parece que a tal cuestión deba darse una respuesta positiva para la generalidad de los casos por cuanto podría poner en peligro aquello que precisamente se trata de proteger desde la Directiva, cual es el valor comercial de una determinada información secreta, y que podría desvanecerse para su titular o poseedor de ser expuesta al conocimiento generalizado y no consentido. Pero sí sería factible una utilización o revelación de un secreto comercial que no atraiga la aplicación de medidas protectoras y de salvaguardia previstas en la Directiva, cuando aquellos actos tuvieran una finalidad de interés superior a aquel otro que ostenta el poseedor de un secreto comercial, tal como contempla la propia Directiva apuntando ya sea al ejercicio del derecho de libertad de expresión e información recogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o a la necesidad de poner al descubierto alguna falta, irregularidad o actividad ilegal, o en concreto al ejercicio legítimo de las funciones de los representantes de los trabajadores de conformidad con el derecho nacional o de la Unión (art.5).

En consecuencia, tratándose de un verdadero secreto comercial conforme a la concepción dada por la Directiva, y con el fin de no frustrar ni su valor ni las medidas de protección articuladas a su alrededor por la empresa, podría aceptarse que, así como el ejercicio por los representantes del personal de su derecho a ser informados de secretos comerciales puede quedar condicionado por las previsiones que al respecto se contemplaran en las normas ya sea de fuente europea o nacional, las mismas normas pueden igualmente recoger previsiones, bien de orden limitativo o bien permisivo, a la hora de que esos representantes lleguen a utilizar o revelar el secreto comercial al que han tenido acceso lícitamente<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> La ingeniería inversa o retroingeniería es el proceso llevado a cabo con el objetivo de obtener información o un diseño a partir de un producto, con el fin de determinar cuáles son sus componentes y de qué manera interactúan entre sí y cuál fue el proceso de fabricación. Al respecto, es conocida la acusación de Apple a Samsung por haber copiado su producto iPhone a través de la ingeniería inversa.

<sup>3</sup> Tal podría ser en definitiva la opción que implícitamente se apunta en la Directiva al cerrar el artículo relativo a la obtención, utilización y revelación lícitas de secretos comerciales (art.3) con una cláusula abierta de cierre que deja abierta la consideración de licitud de tales actuaciones cuando así vengan exigidas o permitidas por el Derecho



Habrà que estar pues a lo que en la normativa europea o nacional se disponga no solo sobre condiciones de acceso u obtenci3n lícita de una informaci3n secreta con valor comercial (aun respecto de aquella reconocida como tal en la propia Directiva), sino tambi3n sobre aquellas circunstancias en las que puede considerarse lícita la utilizaci3n y revelaci3n de un tal secreto comercial, ya se haya obtenido 3ste por medios lícitos o ilícitos. A tal efecto resulta por tanto necesario esa otra delimitaci3n en negativo, identificando cuàndo la obtenci3n, utilizaci3n o revelaci3n de un secreto comercial se considera acto ilícito, para lo que se destina el artícuo 4 de la Directiva, partiendo de la base de que siempre lo seràn si tales actos no son consentidos por el poseedor del secreto. De este modo, la obtenci3n de un tal secreto comercial se considera ilícita si se produce mediante un acceso no autorizado o a trav3s de la apropiaci3n o copia no autorizada de cualquier documento, objeto o fichero que contenga el secreto comercial (art.4.2.b). Pero en caso de utilizaci3n o revelaci3n de un secreto comercial, tales actos se consideran ilícitos cuando sin consentimiento de su poseedor, se hayan realizado por una persona que o bien lo ha obtenido de forma ilícita, o bien, partiendo de su acceso lícito, haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o una obligaci3n contractual que impida o limite su utilizaci3n (art.4.3).

En definitiva, poniendo en un plano de coordinaci3n las previsiones de licitud e ilicitud de actos de obtenci3n, utilizaci3n y revelaci3n de secretos comerciales contenidas en la Directiva, y que puedan realizarse tanto por representantes del personal como por las personas trabajadoras individualmente consideradas, cabría concluir que, aun cuando se hubiera tenido acceso lícitamente a un secreto comercial bien en virtud del ejercicio de derechos de informaci3n o bien por motivo u ocasi3n de la prestaci3n laboral en la empresa, la utilizaci3n o divulgaci3n de tal secreto por representantes o trabajadores puede quedar limitada o impedida ya sea en virtud de generales obligaciones contractuales de mantener sigilo o reserva de datos o informaci3nes de caràcter secreto, o ya sea por particulares acuerdos o pactos de confidencialidad con el mismo fin. Siendo así que la utilizaci3n o divulgaci3n de secretos comerciales por parte de representantes o trabajadores sin consentimiento de su poseedor e incumpliendo tales obligaciones o pactos, habrían de considerarse como constitutivos de actos ilícitos.

Si así es desde la letra de la Directiva, el debate se traslada sin duda al escenario normativo nacional, a la individualizaci3n en su caso de esas condiciones que pueden determinar la licitud o ilicitud de actuaciones especialmente de utilizaci3n y/o divulgaci3n de secretos comerciales por quienes en el àmbito empresarial han podido tener acceso lícitamente a tales secretos.

### **3. EL IMPACTO DE LA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES SOBRE DERECHOS LABORALES DE TRABAJADORES Y REPRESENTANTES**

Como tal escenario contamos l3gicamente con la propia norma de transposici3n de la Directiva, la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales (en adelante, LESE) que reconoce haber hecho una cierta adaptaci3n terminol3gica del objeto protegido y ordenado para acomodarlo a las nociones màs conocidas por tradici3n y arraigo en el contexto jurídicu espa3ol. Ello explica que, por un lado, en lugar de secreto comercial al que refiere la Directiva, se acuda a mantener el adjetivo empresarial del secreto; y por otro lado, prefiera aludir al titular del secreto màs que al “poseedor” que designa la Directiva y que l3gicamente puede confundir con quien ostenta el derecho subjetivo que recae sobre el secreto.

nacional o el de la Uni3n, sin olvidar la admisibilidad de que tales actos tengan como fin el proteger un inter3s legítimu reconocido por las mismas fuentes (art.5).

Con estas adaptaciones y con otros elementos de definición incorporados, la LESE recoge la concepción de secreto comercial delineado por la Directiva y consiguientemente, a los efectos de la ley, se considera secreto empresarial “cualquier información o conocimiento incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero” que reúna las condiciones de ser secreto por no ser generalmente conocido, tener valor comercial real o potencial, y haber sido objeto de medidas de protección (artículo 1.1). Como se apuntaba al inicio, se recoge así por primera vez en el escenario jurídico español una definición clara y precisa de un secreto empresarial que viene a solventar una ampliamente criticada carencia legal a efectos de la delimitación del secreto de empresa que es objeto de protección penal y civil (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y Ley 3/1991, de 10 de febrero de competencia desleal), y que sin duda también va a traer consecuencias esclarecedoras al ámbito laboral, como posteriormente se concretará, tanto para precisar el “efectivo interés industrial o comercial” del empresario que se requiere para la validez de pactos de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo (art.21.2 ET), como para constreñir el alcance de la facultad de dispensa informativa concedida al empresario en relación con secretos industriales, financieros o comerciales (art.65.4 ET).

Se integra así la LESE en este conjunto normativo para poder dar una respuesta interpretativa a la delimitación de secretos empresariales y consiguientemente también operativa respecto a conductas relacionadas con tales secretos que, por lo que aquí interesa, pueden ser realizadas bien por trabajadores individualmente considerados o bien por sus representantes.

### **3.1. La posición contractual de las personas trabajadoras ante la protección de los secretos empresariales**

La Ley 1/2019 apenas recoge referencias a las personas trabajadoras, individualmente consideradas, como sujetos que desarrollen actos de acceso, utilización o revelación de secretos empresariales. Cuando lo hace en particular alude, bajo nueva terminología y alcance, a cuestiones que tradicionalmente y en el contexto jurídico laboral se venían cobijando bajo las denominadas invenciones laborales del trabajador. Por lo pronto, lógicamente esta ley no apunta al deber de los trabajadores de mantener en reserva y bajo confidencialidad aquellas informaciones o conocimientos que podrían quedar englobados en el concepto de secreto empresarial. Para ello está la Ley del Estatuto de los Trabajadores que somete a los trabajadores al cumplimiento de una serie de obligaciones de cierta lealtad, probidad y confianza bajo el amparo del más genérico deber de buena fe contractual, que es el referente último para exigir a los trabajadores individualmente considerados la reserva de cierta información confidencial a la que han podido tener acceso. Pero la LESE sí pone limitaciones a pretensiones empresariales que, en base a un supuesto interés de protección de datos o informaciones reservadas, puedan restringir el derecho de libre elección y oficio de los trabajadores y sus opciones de movilidad. En este punto, la LESE en realidad no da prioridad o primacía a este último derecho frente aquel otro del empresario a mantener un secreto comercial como tal, sino que huyendo intencionadamente de este tipo de consideraciones comparativas, se ocupa tan sólo de delimitar aquel espacio de decisión o actuación de la persona trabajadora que no puede ser condicionado por restricciones o limitaciones derivadas del empresario en base más a un interés de reserva que a un derecho subjetivo al secreto comercial.

En este sentido, el art.1.3 de la LESE parte de que “la experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de la carrera profesional” de la persona trabajadora pertenecen a su propio patrimonio intelectual o técnico, y consiguientemente pueden ser utilizadas y proyectadas en otras actividades laborales del trabajador a las que le conduzca su interés en ejercicio de sus opciones de movilidad, aun cuando entre los

componentes de esa experiencia y competencia existan conocimientos que la empresa pretenda preservar, quedando éste impedido de limitar su uso por parte del trabajador en cuestión. De esta manera, y al excluir la norma del concepto normativo de secreto empresarial la utilización por el trabajador de su formación y capacitación profesional, a pesar de que pudiera haberse integrado por algún dato, información o conocimiento que tuviera un valor comercial para la empresa, ésta no podrá oponer ni aducir medidas de protección de un secreto empresarial con la finalidad de impedir que el trabajador pueda utilizar o poner a disposición de otra empresa su formación y competencia<sup>4</sup>. Cuestión distinta es la posibilidad de recurrir a un pacto de confidencialidad y de no concurrencia para preservar el conocimiento formativo adquirido por el trabajador en una empresa de pasar a integrarse en otra de la competencia, especialmente si tal conocimiento ha girado en torno a métodos de trabajo, técnicas de producción o servicio, o incluso de funcionamiento de ciertas herramientas de trabajo singulares de la empresa, y siempre y cuando tales elementos no constituyan de por sí y por definición un secreto empresarial, en cuyo caso sí entrarían dentro del ámbito de protección dispensada por la Ley 1/2019<sup>5</sup>.

La misma opción de excluir del ámbito de protección de los secretos empresariales se expresa en el art. 1.3 de la LESE en relación con la utilización por las personas trabajadoras de alguna información “que no reúna todos los requisitos del secreto empresarial”, puesto que lógicamente de no concurrir alguno de ellos desaparece la noción misma de secreto protegible y por tanto el trabajador que hubiera tenido acceso a la misma por motivo u ocasión de su prestación laboral, podrá utilizar o divulgar libremente tal información.

Pero más allá de impedir este precepto legal que el empresario limite o restrinja las opciones de movilidad del trabajador, y con ello de utilización ulterior y en otros contextos laborales de conocimientos o informaciones en posesión de aquel en virtud de su actividad profesional, y que no caen en el concepto estricto de secreto comercial por mucho que sea el interés de la empresa en su salvaguardia, el mismo art. 1.3 finaliza con otra importante limitación al poder contractual del empresario, pues éste no podrá aducir la protección de secretos empresariales para “imponer en los contratos de trabajo restricciones no previstas legalmente”.

Debe entenderse pues que dentro del conjunto de medidas de preservación del secreto empresarial (requeridas como condicionante de su definición) su titular puede incorporar en los contratos de trabajo condiciones que restrinjan ciertos derechos laborales del trabajador cuyo libre ejercicio pudiera poner en riesgo o provocar directamente la pérdida del carácter de secreto de un determinado conocimiento o información, y con ello de su valor comercial, pero siempre y cuando este efecto limitativo derivado de una tal actuación empresarial estuviera contemplado y previsto legalmente. Con ello, cabría deducir que, por ejemplo, la empresa no podría incorporar en los contratos de trabajo, en base a su exclusivo poder

---

<sup>4</sup> Se alinea así la Ley 1/2019 con doctrina jurisprudencial anterior y ya consolidada que afirmaba que “la empresa no puede impedir a un empleado suyo que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado: no había previsto en su contrato una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena...” (STS, Sala de lo Civil, de 11.10.1999, rec. 531/1995; seguida por otras sentencias de la misma Sala de 29.10.1999, rec. 718/1995; de 1.4.2002, rec.3363/1996; de 28.9.2005, rec. 575/1999; y de 14.3.2007, rec. 480/2000). Tan solo se ha apreciado la existencia de conducta desleal en casos de abandono por los trabajadores de la empresa para constituir o entrar a formar parte de otras concurrentes en el mercado, cuando se daban circunstancias de concierto y captación ilícita de clientela, con sucesivo aprovechamiento torticero de la misma, tal como se pronuncian las SSTs de 19.4.2002 (rec.3391/1996); de 3.7.2006 (rec. 3957/1999), y de 1.6.2010 (rec. 349/2006). En definitiva, “por regla general la mera captación y trasvase de una empresa de trabajadores de una empresa a otra que sea va a fundar o ya fundada, no constituye competencia desleal” (STS, Sala de lo Civil, de 25.2.2009, rec. 619/2004), de modo que “la salida de empleados de una empresa y su incorporación a una sociedad competidora en la que utilizan información y conocimiento adquirido en la anterior”, no es un comportamiento desleal *per se* y “solo lo será en el caso de que se incurra en los supuestos de hecho del art.13 y 14.1 de la ley de Competencia Desleal”. Cfr. STS (sala de lo civil) de 26.2.2014 (rec. 434/2012).

<sup>5</sup> En este sentido, SAP Las Palmas de Gran Canaria, de 16.11.2020 (núm. Recurso 708/2020).

contractual y en atención a su único interés de protección de un secreto empresarial, cláusulas de obligada permanencia o exclusividad para determinados trabajadores conocedores de datos o componentes de un secreto comercial, pues tales restricciones a la libertad de trabajo y a la movilidad no se contemplan legalmente como efecto de actuaciones o medidas impositivas que pudiera articular la empresa para proteger un secreto empresarial. Cuestión distinta es que fuera del contrato de trabajo la empresa proyecte su particular interés en un pacto a suscribir libremente y de forma consensuada con la persona trabajadora en cuestión; pacto en el que se detallen las condiciones de exclusividad o permanencia, así como sus términos temporales y compensatorios, en aras a proteger el carácter de secreto de cierta información o conocimiento.

Las mismas consideraciones habría que extender a cláusulas contractuales disponiendo la propiedad directa y exclusiva por parte del empresario de aquellos conocimientos o productos generados por el trabajador por motivo de su prestación laboral y que pudieran constituir un secreto empresarial conforme a la definición legal. Tales cláusulas, que restringirían eventuales derechos económicos por patentes del trabajador, no podrían ser incorporadas unilateralmente por el empresario en el contrato de trabajo, por no venir contemplada esta posibilidad unilateral e impositiva de restricción en disposición legal alguna, y sí por el contrario sería factible que tales condicionantes pudieran adoptarse de forma conjunta entre trabajador y empresario a través del correspondiente pacto contractual y mediando las oportunas condiciones, incluidas las compensatorias.

Y lo mismo cabría decir, finalmente, respecto de exigencias de confidencialidad que pudiera requerir la empresa de trabajadores conocedores de datos o componentes de un secreto comercial, y de las que resultaran notorias restricciones a la libertad de expresión e información de aquellos. Ciertamente es que sobre los trabajadores pesa una general obligación de buena fe y de lealtad contractual derivada de la relación laboral, que ampara también singularmente un deber de confidencialidad sobre datos o informaciones empresariales de naturaleza reservada, y cuya infracción puede llevar aparejado el despido disciplinario. Pero a los fines de conseguir un mayor alcance garantista, resulta particularmente idóneo un pacto contractual que proyecte el especial interés por parte de la empresa para preservar datos concretos que tienen cierto valor comercial (como lista de clientes o proveedores, descripción gráfica de productos, estrategias de mercados, etc.) y que son conocidos por determinados trabajadores por motivo u ocasión de su prestación laboral. Pactos que comprometen a estos a mantener confidencialidad sobre tales datos, especialmente una vez finalizada la relación laboral, a cambio de una determinada contraprestación económica que compense la aceptada restricción de sus derechos.

En este sentido, el art.2.3.a) de la LESE, reproduciendo lo ya contemplado en la Directiva 2016/943 (art.1.2.a), se cuida en preservar el derecho de expresión e información (recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), frente a conductas de obtención, utilización o revelación de un secreto, de modo que tales conductas realizadas al amparo del ejercicio de aquel derecho no podrían ser sancionadas o perseguibles a través de las medidas y acciones previstas en la propia ley. No obstante, habrá que extremar las cautelas en la delimitación de este supuesto excepcional con el fin de eludir situaciones en las que un uso irracional, desproporcionado o abusivo del derecho de expresión e información pueda lesionar el derecho al secreto empresarial de su legítimo titular y lo deje fuera de la debida protección jurídica legal.

La misma prudencia interpretativa y aplicativa debe extenderse hacia otras situaciones de acceso, utilización y divulgación que la LESE deja fuera del campo de su aplicación, y que permiten en definitiva que la confidencialidad sobre secretos empresariales a la que se sometan los trabajadores, bien por generales deberes contractuales o bien por específicos pactos firmados con la empresa, ceda ante un mayor interés protegible. Concretamente, cabe

la quiebra de esa confidencialidad, y sin que tal actuación sea perseguible o sancionable desde la Ley 1/2019, cuando la utilización o revelación de un secreto empresarial se realiza con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad legal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial” (art.2.3.a), o con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por el derecho europeo o español” (art.2.3.d), y de manera muy particular “cuando los trabajadores lo hayan puesto en conocimiento de sus representantes, en el marco del ejercicio legítimo por parte de estos de las funciones que tienen legalmente atribuidas por el Derecho europeo o español, siempre que tal revelación fuera necesaria para ese ejercicio” (art.2.3.c).

Al margen de la dificultad de integrar los adecuados contornos de esas alusiones al interés general o a un interés legítimo, cuya primacía se antepone a cualquier deber de confidencialidad o secreto, lo cierto es que la última mención sí que expresa una clara opción, y hasta el momento inédita en normativas no estrictamente laborales, por el favorecimiento del mecanismo representativo de los trabajadores, permitiendo que cualquier persona trabajadora que acceda o sea poseedora de un secreto empresarial pueda darlo a conocer, en su integridad o en alguno de sus componentes, a sus representantes. Y tal actuación o comportamiento se admite desde la LESE, no en atención a un supuesto fin de descubrir o evidenciar un problema de irregularidad o ilegalidad relacionada con el secreto empresarial (actuación que ya estaría contemplada como tal bajo la previsión del art.2.3.b), ni en base a un interés legítimo general, sino en interés del propio ejercicio de los derechos de representación colectiva, siempre y cuando se demostrara la funcionalidad de tal revelación del secreto para el ejercicio de tales derechos. Se contempla así una facultad jurídica individual que trasciende al directo interés empresarial a mantener el secreto, y que se ejercita para satisfacer unos intereses ajenos, los de la colectividad representada en virtud de la propia función de representación y tutela de intereses ajenos para los que la ley permite acceder válida y lícitamente a determinada información o conocimiento que reviste el carácter de secreto empresarial. La importancia de la previsión en su expresión no oculta sin embargo la necesidad de integrar algunas de sus carencias en lo que refiere a la aplicación y efectos de la misma.

Por lo pronto, al facultar la LESE al trabajador conocedor de cierta información o dato amparado por un secreto empresarial a ponerlo en conocimiento de los representantes en base a una presunta relación de funcionalidad entre aquel y la actuación representativa, parecería primar tal facultad sobre cualquier deber de confidencialidad que pesara sobre el trabajador, permitiendo una ruptura del mismo en atención a ese interés colectivo que la norma configura como de mayor valor. Tal efecto podría asumirse sin mayores dificultades aplicativas respecto de aquella confidencialidad resultante del genérico deber contractual de buena fe, pero sí que surgirían de mediar un pacto expreso de confidencialidad entre la empresa y ese concreto trabajador que por su singular prestación laboral estuviera más cercano a la obtención o descubrimiento de secretos empresariales. En tales casos, difícilmente cabría admitir que la ley ampara al trabajador para que lícitamente y sin consecuencia jurídica alguna quiebre el interés de la empresa, depositado en ese eventual pacto, aun en aras a un interés de especial atención (el ejercicio de la función representativa).

Por otro lado, esa facultad que la LESE concede al trabajador de poner en conocimiento de los representantes todo o parte de un secreto empresarial, se legitima y se construye sobre la condición de que tal acceso informativo sea necesario para el ejercicio de la función representativa, de donde en caso de dificultad interpretativa sobre la concurrencia o no de esa relación de funcionalidad, la carga de la prueba parecería recaer en el propio trabajador que ha ejercido esa opción de transmitir un secreto empresarial a los representantes. Una prueba de difícil práctica y demostración para el trabajador afectado si no se cuenta con la propia colaboración del órgano representativo receptor de ese dato secreto, a los fines de

la oportuna delimitación de aquella concreta actividad o función representativa para la que resultara necesario el conocimiento trasladado por el trabajador en cuestión. Por lo demás, a los mismos efectos, y para eludir la aplicación de las medidas protectoras dispensadas en la LESE, no debería ser suficiente que la información secreta suministrada fuera simplemente oportuna o conveniente para la acción representativa, sino que fuera realmente esencial para el efectivo y eficaz ejercicio de aquella.

Una ulterior cuestión derivada de esta previsión legal amparando la transmisión de un secreto empresarial entre trabajador y órgano de representación, es la propia habilitación a éste para la utilización o incluso divulgación de dicho secreto dentro del ámbito de ejercicio de sus funciones representativas, las cuales tienen o pueden tener una proyección tanto *ad intra* como *ad extra* de la propia empresa, y con ello la probabilidad de distintos efectos sobre la preservación y protección del propio secreto empresarial, como de seguido se verá.

### **3.2. La proyección de los secretos empresariales sobre el ejercicio de la función representativa**

Ya quedó dicho anteriormente que desde la Directiva se abre la posibilidad de aceptar el acceso lícito a secretos comerciales en virtud del ejercicio de derechos de información y consulta, dando cabida pues a cierta primacía de tales derechos frente al interés empresarial de que determinada información calificada como de secreto comercial se mantenga fuera de conocimiento de los representantes del personal. Y también se señaló que la propia Directiva remitía a la normativa nacional o de la Unión europea que ya ordenara el ejercicio de esos derechos a ser informados y consultados o ya especificara los términos en los que los actos de obtención, utilización o divulgación de secretos comerciales podrían o deberían ser considerados lícitos. En consecuencia, desde la norma nacional interesa individualizar las circunstancias en las que el derecho de información y consulta puede ejercitarse ante un secreto empresarial aducido por la empresa, y aquellas otras que en su caso podrían condicionar el acceso, la utilización o la divulgación de secretos comerciales por parte de los representantes del personal aun dentro del marco de sus competencias.

En este punto la LESE prácticamente se limita a reproducir esas mismas previsiones contenidas en la Directiva, de tal modo que declara expresamente que será lícita la obtención de una información constitutiva de secreto empresarial mediante “el ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes” (art.2.1.c). Asimismo, y a modo de cláusula general abierta declara que “la obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se considera lícita en los casos y términos en los que el Derecho europeo o español así lo exija o permita”. En consecuencia, aun cuando la LESE sirva como ineludible referente, es necesario acudir a otras disposiciones nacionales que sí expresen los concretos términos en los que los representantes del personal podrían acceder, utilizar o incluso divulgar información o documentación amparada bajo el calificativo de secreto empresarial.

Por lo pronto es necesario reconocer que en el escenario jurídico español se han incrementado los ámbitos materiales y los contenidos sobre los que recaen poderes de información de los representantes del personal, y en gran medida a consecuencia de la obligada acogida de textos normativos de la Unión Europea. Al respecto, baste mencionar el amplio listado de información y documentación que la empresa ha de poner a disposición de las instancias representativas a los efectos del periodo de consultas contemplado por ejemplo en supuestos de despido colectivo. Contexto en el que precisamente el carácter de la información a suministrar, por lo general de naturaleza económica, financiera o estratégica, ha generado un buen número de situaciones conflictivas allí donde la empresa

no ha trasladado a los representantes aquella información que se le reclamaba a los fines de la negociación, amparándose en ocasiones en motivos de secreto o confidencialidad<sup>6</sup>. En este punto, la prioridad funcional de la actividad consultiva o negocial se ha hecho valer a la hora de exigir la transmisión a los representantes de determinada información o documentación, aun alegando la empresa el carácter de secreto de la misma o incluso la propia facultad de dispensa informativa que le es concedida por la norma ante ciertas cuestiones o materias que pudieran quedar calificadas como de secretas.

Esta prioridad del interés representativo frente a aquel otro del titular de un secreto empresarial a mantenerlo preservado, habría de proyectarse también, si bien con los debidos matices, en aquella otra vertiente competencial de los órganos de representación cual es la de informar a su vez a los trabajadores representados de las cuestiones o temas conocidos por aquellos y que tengan repercusión directa o indirecta en las relaciones laborales (art.64.7.e ET). Pieza angular del propio mecanismo representativo es sin duda la comunicación e información de unos (los representantes) hacia otros (los representados), y en consecuencia es dentro de este mecanismo que se actúa ese derecho a la libertad de expresión e información cuyo ejercicio amparado por la Carta de Derechos Fundamentales arrastra también el favor de la LESE para excepcionar la aplicación de las medidas previstas en la misma ante actos de obtención, utilización o revelación de secretos. En todo caso, como tal libertad de información, la que pueden ejercer los representantes de los trabajadores se encuentra limitada en el ámbito laboral por las exigencias mismas del deber de confidencialidad que solo debe quebrarse de manera justificada de quedar asegurado y demostrado el mayor valor del deber informativo hacia los trabajadores.

Consideraciones de distinto calado cabe expresar respecto de aquellos casos en los que la información recibida con el carácter de secreto puede quedar funcionalizada a otras actividades competenciales de los representantes del personal, como es la de formular acciones legales oportunas ante los organismos o tribunales competentes en ejercicio de su labor de vigilancia del cumplimiento de la normativa vigente y demás pactos, condiciones y usos de empresa (art.56.7.a del ET). En tales situaciones, frente al interés del titular de un secreto a mantenerlo preservado, se prioriza no tanto otro de naturaleza representativa como la protección bien de un interés general (descubrir alguna falta, irregularidad o actividad legal que guarde relación directa con el secreto empresarial) o bien de un interés legítimo reconocido en este caso por el derecho español, cual es el de velar por el cumplimiento de las normas. Ambas situaciones se contemplan dentro de aquellas en las que no resultan aplicables las acciones y medidas previstas en la LESE contra actos de obtención, utilización o revelación de secretos empresariales. En este punto, la norma no enjuicia ni predispone sobre la licitud o ilicitud de tales actos, sino que, con independencia de ello, declara que no serán perseguibles o sancionables si tenían esa finalidad de atender a un interés general o legítimo (art.3.3. LESE).

En todo caso, desde el panorama judicial español son relativamente escasas las situaciones conflictivas en torno a una información calificada como de secreto que no ha sido transmitido por la empresa a los representantes de los trabajadores, de donde aparentemente existe un funcionamiento regular en la cotidianidad de los poderes informativos y en la preservación de aquello que deba ampararse bajo un secreto empresarial, bien a través del deber de sigilo de los representantes o bien a través de la dispensa informativa que ejerciera la empresa.

Respecto del primero, como es conocido, el art.65.2 ET concede una amplia libertad al empresario para imponer a la información que deba suministrar a los representantes, en cumplimiento de las mismas previsiones legales, el calificativo de confidencial o

<sup>6</sup> Verse al respecto, entre otras, SSTS (Sala de lo Social) de 20.11.2014 (rec. 114/2014) y 11.12.2015 (rec. 15/2015).

reservada. Ahora bien, con el fin de eludir una facultad que se ejerza sin condicionamiento ni limitaciones, se hacen precisos ciertos mecanismos que garanticen la correcta utilización de dicha facultad y su proporcionalidad para los fines perseguidos con la imposición de la reserva. En tal sentido, el legítimo y objetivo interés de la empresa en el carácter reservado de la información, tal como reclama el precepto, debe quedar justificado en la especial relevancia de la misma para la empresa que pudiera evidenciarse siquiera el menos a través de tres tipos de indicadores: que tenga un valor económico, estratégico o competencial, que no sea fácilmente accesible por terceros, y que su divulgación o conocimiento ajeno pueda ocasionar un serio perjuicio para los intereses o la posición de la empresa. Es tan solo sobre estas premisas justificativas, que el deber de sigilo que se impusiera a los representantes podría cumplir su finalidad de impedir que cierta información sea conocida más allá del círculo representado por quienes son sus titulares o por quienes están legitimados para acceder a ella, con el objetivo último de preservar a la empresa, a su posición en el mercado y a su capacidad competitiva<sup>7</sup>.

Por lo que se refiere a la dispensa informativa contenida en el art. 65.4 ET que permite a la empresa no dar información relacionada con “secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica”, durante años y desde que apareció en el escenario jurídico laboral español ha adolecido de cierta indefinición operativa derivada de la ausencia de una debida conceptualización de tales secretos. Para su integración se ha venido recurriendo a los mismos criterios objetivos de referencia para delimitar una información confidencial o reservada en interés legítimo y objetivo de la empresa que justificaba el deber de confidencialidad. La conceptualización de un secreto comercial o empresarial tal como aparece en la Ley 1/2019, sin duda facilitará la concreción del ámbito material de esta dispensa informativa, siquiera con la matización de la particular atención que debe prestarse a ese daño empresarial que se quiere evitar con la no transmisión informativa, apuntando a ese perjuicio al “funcionamiento de la empresa o centro o a “su estabilidad económica”. En consecuencia, aun tras la LESE y la posibilidad de referenciar en ella la delimitación del secreto que puede ser objeto de esta dispensa informativa, no sería suficiente alegar que una determinada información tiene el carácter legal de secreto, y ostenta un valor comercial y estratégico para la empresa, sino que su titular habría que acreditar real y objetivamente la existencia de un relevante y especial interés empresarial en no suministrar la información por el peligro potencial de que su divulgación o conocimiento pudiera afectar sensiblemente u de manera directa a la estabilidad y funcionamiento de la empresa.

Así pues, ambas vías (deber de sigilo y dispensa informativa) conforman una red de seguridad en relación a los secretos empresariales que actúa tanto respecto al bagaje informativo de los representantes, particularmente por lo que se refiere a datos o conocimientos de valor comercial recibidos por la empresa y que se funcionalizan a actividades competenciales de aquellos, como de ciertas cuestiones, materias o informaciones que por su especial conformación, naturaleza o proyección deben quedar preservados de conocimiento por terceros, incluidos los representantes del personal, y para lo que encuentra plena funcionalidad el mecanismo de la dispensa informativa.

Cuestión distinta, por último, es cuando la información sobre un secreto empresarial no proviene directamente de la empresa como titular del mismo, sino de un trabajador que ha

<sup>7</sup> Si la finalidad es mantener una información o documentación como oculta o reservada, dentro del círculo de sus legítimos poseedores, resulta indiferente que la expresión para formalizarla sea la de deber de sigilo o la de deber de secreto, por cuanto la acepción de secreto como algo reservado y oculto es igualmente predicable del sigilo. Desde este punto de vista, para el empresario el deber de sigilo equivale a mantener en secreto una determinada información, sin que sea aceptable considerar que el sigilo es una obligación más atenuada que la de secreto y con ello la posibilidad de admitir una cierta indiscreción que dé a conocer la información reservada en determinadas circunstancias.



podido tener conocimiento o acceso a aquel por motivo y ocasión de su prestación laboral y que traslada a los representantes del personal como instrumento necesario para el eficaz ejercicio de la función representativa. Como se indicó con anterioridad, tal excepcional previsión contenida en el art.2.3.c) de la LESE, habilita consiguientemente al órgano representativo receptor del secreto empresarial a funcionalizarlo pues a una actividad o acción en defensa de los intereses de los trabajadores, que pueden bien desarrollarse *ad intra* dentro del propio ámbito empresarial, como es para actividades de consulta o negociación con la empresa y respecto de los cuales puede tener mejor operatividad el deber de sigilo al que se somete el órgano representativo, o bien *ad extra* en el ejercicio de actuaciones administrativas o judiciales donde dicho deber de sigilo puede encontrar más claras, pero también justificadas, fisuras.

#### **4. A MODO DE CONCLUSIONES: EL NUEVO PARADIGMA DE IMPLICACIÓN DE TRABAJADORES Y REPRESENTANTES EN LA PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES-**

Como premisa de cierre, no cabe duda de que esa facultad que individualmente se concede por la Ley 1/2019 a cada trabajador de poder trasladar a sus representantes cierta información amparada bajo un secreto empresarial, y el reconocimiento mas que evidente de la función representativa sobre el que aquella se asienta, se configura como la verdadera novedad que presenta la ley en relación a los círculos de transmisión informativa de materias o cuestiones reservadas, por cuanto hasta entonces las disposiciones normativas de orden laboral apenas han ordenado esos círculos entre empresarios y representantes del personal, y con un balance escasamente garantista para la defensa de los intereses de unos y otros. La LESE, no solo aporta esa mejor definición de un secreto empresarial, así como la delimitación de los actos ilícitos de obtención, utilización o divulgación del mismo, sino también una adecuada precisión acerca de cuándo tales actos pueden ser desarrollados lícitamente por los trabajadores y sus representantes, lo que sin duda tiene una enorme proyección en la defensa de la posición contractual y representativa de aquellos, respectivamente, en el ámbito de las relaciones laborales.

Ese nivel de concreción que se expresa desde la LESE se alinea con la necesidad de dar respuesta, en un mundo económico-empresarial eminentemente tecnificado, digitalizado y competitivo, a la delimitación de los contornos de protección de toda una serie de informaciones, diseños, productos, componentes, etc. que tienen un valor económico, comercial y estratégico para las empresas. Tal como se inicia la exposición de motivos de la LESE, “las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual, y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación e investigación, con el objetivo de proteger información que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado”.

Un dispar e ingente conjunto de datos o conocimientos que no puede quedar encapsulado y blindado con todas las garantías frente al exterior, y menos aún ante aquellos que se sitúan en el mismo ámbito desde el que se preserva el secreto empresarial. En este sentido, sus medidas de protección no deben ni diseñarse ni practicarse al margen o incluso frente a quienes prestan servicios en la empresa que es titular del conocimiento o la información que se califica como secreto empresarial. La Ley 1/2019 hace de trabajadores y representantes sujetos implicados en un escenario de protección en el que pueden ser artífices de actos de obtención, utilización y divulgación de secretos empresariales bajo condiciones de licitud

y admisibilidad, y esta nueva perspectiva debería cuanto menos erosionar la tradicional y limitada contemplación de los trabajadores como eventuales generadores o conocedores de productos, marcas o componentes que hay que compensar (o silenciar) con pactos de confidencialidad, y de los representantes del personal como sujetos potencialmente interesados en la divulgación de conocimientos reservados en tanto que instrumento de confrontación con la empresa. Al respecto, se hace precisa una adecuada política estratégica de la empresa en el marco de las relaciones con los trabajadores y sus representantes del personal que evalúe y prevenga los posibles conflictos y fisuras que puedan suscitarse en torno a la obtención, utilización o divulgación de datos o informaciones secretas, que a la vez se proyecte en el desarrollo de procesos consultivos o negociales eficaces con los representantes ante la adopción de ciertas decisiones empresariales de interés o afectación a los trabajadores; en definitiva, una opción estratégica que favorezca la creación de un entorno de confianza y de implicación de los trabajadores en la preservación de intereses comerciales y competitivos de la empresa que redunde positivamente en la misma.

En este punto, la cada vez más conocida tendencia de la *Compliance* puede significar un modelo de estrategia y de implicación del conjunto de la empresa en la protección adecuada de los secretos empresariales, en tanto que traduce una cultura más transparente y de garantías de cumplimiento normativo interno. Cierto es que tal modelo estratégico surge y se construye alrededor de un sistema eficaz de prevención de riesgos penales (de ahí la cláusula de exención de responsabilidad penal para las empresas jurídicas que hubieran adoptado un modelo de *compliance*, prevista en el art.31.bis.2 del Código Penal), pero también se ha proyectado como particular sistema de garantía ante irregularidades o incumplimientos de medidas y obligaciones impuestas por la ley, incluyendo asimismo las de naturaleza tributaria, mercantil o laboral.

La seguridad y la garantía de la corrección ética y legal en acciones competitivas de la empresa, en sus inversiones y operaciones económicas financieras, en su posición e imagen comercial, etc., a cuyos fines se destina la *compliance*, también se vería reforzada de evaluar y solventar los posibles riesgos de prácticas desleales que en el seno mismo de las organizaciones económicas y productivas persiguen la obtención, utilización o divulgación indebida de secretos empresariales o el incumplimiento de condiciones de confidencialidad. Precisamente, la Ley 1/2019 ha venido a fijar las condiciones para diseñar jurídicamente un sistema de protección adecuada para los secretos empresariales, pero no hay mejor mecanismo de preservación y tutela que el que se disponga en el ámbito mismo donde surge la información o documentación que interesa mantener reservada en aras a la defensa misma de la actividad empresarial. La estrategia al respecto debe pasar pues por conformar desde la empresa, y con participación de los trabajadores y sus representantes, una política de confidencialidad y protección de datos empresariales reservados que se proyecte sobre el conjunto de la empresa para que todas las personas que presten servicios laborales en la misma conozcan los procedimientos de actuación ante secretos que puedan generarse y ser conocidos directamente por el desempeño de la actividad profesional o por el ejercicio de la función representativa.



## **METAVERSO: ALGUNAS CUESTIONES LABORALES**

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

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

Universidad Autónoma de Madrid

### SUMARIO:

1. ¿QUÉ ES EL METAVERSO?
2. EL IMPACTO DEL METAVERSO EN EL DERECHO DEL TRABAJO:  
UNA VISIÓN GENERAL

## 1. ¿QUÉ ES EL METAVERSO?

Se habla mucho del Metaverso. Pero ¿qué es el Metaverso? ¿cuándo existirá en plenitud ¿pertenece a Marck Zuckerberg o habrá varios metaversos convergentes para crear un Multiverso interconectado? ¿Tiene alguna relevancia en el mundo laboral? Estas son algunas de las preguntas a las que trataremos de dar respuesta en el presente artículo. Pero, sobre todo, servirá de vía para exponer muchas dudas abiertas que los laboristas debemos afrontar con precaución, pero firmeza, en tanto la futura realidad no es sino la continuidad de una huida del Derecho del Trabajo en el marco de un mundo globalizado y fuertemente digitalizado en el que muchas decisiones escapan, incluso, del control empresarial.

Lo primero que hay que fijar es el propio concepto de Metaverso. Aunque tal y como se proclama, hoy por hoy, resulta inexistente, su objetivo es ofrecer un mundo paralelo digital que reproduzca la vida real. Se trata de crear un “nuevo mundo dentro del mundo”<sup>1</sup>, un mundo tridimensional generado por ordenador, un gemelo digital de la realidad, en el que se podrán reproducir todas las dinámicas sociales de la vida real. De este modo, se podrá estudiar, trabajar, tener ocio, realizar deportes, comprar todo tipo de bienes, incluidos inmuebles, viajar, acceder a la cultura, etc.; aunque también se podrán cometer infracciones y delitos, ya que se reproducirá la vida real. Realidad física y virtual estarán interconectadas. Ello será posible con el avance aún mayor de las actuales tecnologías como la realidad virtual, la realidad aumentada, el internet de las cosas o, incluso, la incorporación de la neurociencia en el mundo tridimensional. La clave de un Metaverso futuro vendrá determinada, sobre todo, por el carácter inmersivo. Una inmersión en un mundo digital que se preconiza total cuando se logren aislar al máximo los sentidos en el mundo real para proyectarlos en el digital. En la actualidad el mundo digital paralelo existe en fases embrionarias de gran éxito, pero lejanas a su consideración gemelar. Así juegos como *Second Life* o los *Sims* pero, sobre todo, metaversos muy complejos existen en el mundo de los conocidos como e-sports que, en puridad, son juegos y no necesariamente deportes, donde se compete en habilidades y tiempos entre varios jugadores y cuyos gráficos y apariencia resulta especialmente realista. En ellos, además, se pueden comprar innumerables bienes virtuales y apostar. Compras y apuestas que se realizan con dinero virtual específico (bitcoin o la moneda que utilice el juego) con valor monetario real y que permiten a los jugadores o usuarios comprar artículos o bienes originales y únicos (NFTs, Tokens no fungibles<sup>2</sup>) lo que se garantiza mediante cadenas de *blockchain*. Su nacimiento, así pues, no es nuevo. Lo que es nuevo es el progresivo incremento del nivel de inmersión. En la actualidad el efecto inmersivo se realiza a través de unas gafas de realidad virtual (tipo oculus, propiedad ya de la empresa Meta) pero que se prevén tipo rayban en un futuro<sup>3</sup>. Con ellas te sumerges visualmente en otra realidad programada y tridimensional en la que te proyectas personalmente a través de un avatar. Éste puede ser una caracterización que tienda a imitar al usuario/a real o, por el contrario, que refleje lo que ese usuario desee ser y proyectar en ese mundo virtual, permitiendo

<sup>1</sup> Nisa Avila J.A., “El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas”. [https://elderecho.com/el-metaverso-conceptualizacion-juridica-retos-legales-y-deficiencias-normativas?utm\\_medium=email&utm\\_source=newsletter&utm\\_campaign=20211206\\_Nwl&em=cjfernandez@auditsociety.es](https://elderecho.com/el-metaverso-conceptualizacion-juridica-retos-legales-y-deficiencias-normativas?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=20211206_Nwl&em=cjfernandez@auditsociety.es) El Derecho.com, Lefebvre.

<sup>2</sup> Qué son los NFTs: los ‘tokens’ para el coleccionismo de bienes digitales (bbva.com) <https://www.bbva.com/es/que-son-los-ntfs-los-tokens-para-el-coleccionismo-de-bienes-digitales/>

<sup>3</sup> La corporación Meta de Mark Zuckerberg se acaba de asociar con Rayban “para cambiar, literalmente, la percepción del usuario hasta alcanzar su ansiado Metaverso”: unas gafas que hacen casi todo lo que hace un smartphone, sin necesidad de sacar el móvil del bolsillo” según el periódico *El País* 17/03/2022, <https://smoda.elpais.com/moda/internet-integrada-en-los-ojos-asi-son-las-gafas-con-las-que-zuckerberg-registra-la-mirada/>

un cambio de sexo, orientación, raza e, incluso, de forma humana para pasar a ser una forma trashumana, robótica o, incluso un avatar que se presente como un simple bien o cosa, real o inventada. La inmersión se realiza, en su fase más avanzada, a través del internet de las cosas. La técnica háptica permite que se proyecte en el mundo virtual el sentido del tacto. Mediante unos mandos o, en un futuro, mediante unos simples guantes, el usuario/a siente lo que le ocurre en el mundo virtual. La tendencia es a que se “sienta” completamente dicho mundo paralelo: placer, dolor, frío, calor o cualquier otra sensación física. Cuanto más se aíslan los sentidos en el mundo real, más fácil es proyectarse en el mundo virtual. Cuantos más sentidos se proyecten, lógicamente, el nivel de inmersión será mayor. Un grado máximo de inmersión sería el reflejado en la famosa película *Ready Player One* de Steven Spielberg, basada en el libro de Ernest Cline, en el que se refleja una futura inmersión “total” y donde se refleja la mejor y peor razón para olvidarte de comer y dormir que dicha inmersión ocasiona: “Oasis, un universo global completo. La gente entra en Oasis por todo lo que puede hacer y se queda por todo lo que puede ser.... es el único sitio en el que siento que soy alguien.” En esa película la inmersión completa se facilita mediante un traje háptico (que permite el sentido del tacto como si fuera real en su integridad corporal) que actúa como una segunda piel y que, según parece, constituye una realidad perseguida ya desde hace algunos años por la empresa tecnológica *Kaaya Tech*<sup>4</sup>.

Un aspecto técnico y jurídicamente muy relevante de los Metaversos (cuya suma y unión darán lugar en un futuro aún más lejano a un Multiverso complejo e interconectado) es el de la “propiedad” de los mismos, en tanto lo que supone es determinar su gobernanza y las consecuencias jurídicas de la misma. En la actualidad, los Metaversos existentes pueden ser privados cerrados o centralizados (como pretenden Facebook, ahora Meta, Microsoft, o Fornite, en juegos, por ejemplo), o privados igualmente, pero abiertos descentralizados, en los que la propiedad no es la corporación, sino una propiedad colectiva basada en Organizaciones autónomas descentralizadas (DAOs)<sup>5</sup>, esto es, organizaciones en las que los titulares o accionistas son quienes participen con dinero virtual mediante la posesión de algún bien no fungible o token (NFTs) que les otorgue capacidad de voto, es decir, se trata de metaversos descentralizados (típicamente en el mundo e-sport pueden encontrarse algunos de ellos como Decentraland, Sandbox, Axie Infinity o Webaverse).

## 2. EL IMPACTO DEL METAVERSO EN EL DERECHO DEL TRABAJO: UNA VISIÓN GENERAL

### 2.1. Cuestiones transversales esenciales con impacto laboral

El metaverso plantea enormes cuestiones jurídicas. Una gran parte de ellas son de carácter transversal y resultan clave para la comprensión de su propio funcionamiento jurídico. Entre ellas, la cuestión de la gobernanza del Metaverso y del Multiverso, en su caso, ya que su carácter centralizado o descentralizado provoca enormes consecuencias en cascada con repercusión claramente laboral. Así, no es lo mismo un metaverso

<sup>4</sup> <https://www.mundodeportivo.com/urbantecno/videojuegos/traje-haptico-ready-player-one-realidad-a-la-venta>.

<sup>5</sup> Una visión general sobre el concepto puede verse en ¿Qué son las DAOs? cómo funcionan y cómo avanzan en 2022 (interesante.com) <https://interesante.com/2022/01/daos-que-son-como-funcionan-y-como-avanzan-en-2022/> Para una visión jurídica *vid.* Ercilla García J., Aproximación jurídica a las organizaciones autónomas descentralizadas, Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, nº 52/2020.

centralizado privado en el que se entra tras consentir una serie de cláusulas apenas leídas, pero totalmente asumidas, que un Metaverso descentralizado en el que, supuestamente, rige cierta democracia estatutaria y de comportamiento grupal donde los estatutos pueden incorporar aspectos éticos y jurídicos como condición para su pertenencia. Junto a ello, resultan basilares los temas relativos a la identidad digital o a el derecho a la protección de datos. Estos tres elementos -generales y transversales a todas las parcelas del ordenamiento jurídico-, por lo demás, presentan claras proyecciones específicas en el ámbito de las relaciones laborales.

La gobernanza va a determinar la multiplicación de supuestos a resolver laboralmente. Las relaciones en los metaversos privados centralizados introducen un intermediario en el trabajo realizado. Si mi empresa real me contrata para trabajar de modo presencial, desde el centro de trabajo, pero para que la ejecución del trabajo se realice dentro del metaverso representando a la empresa en su sucursal virtual (terreno por el que mi empresa paga a la compañía propietaria del metaverso), ciertamente no se pierde la bilateralidad que caracteriza la relación laboral. Pero la realización el trabajo en el marco de un espacio que no pertenece a la empresa, regido por sus propias reglas privadas, pueden generar imbricaciones no deseadas que hagan la relación menos fluida. La férrea intervención de un tercero ajeno que ejerce el control y vigilancia, que puede monitorizar y seguir el rastro de absolutamente todo lo que acaece dentro de su metaverso, se añade a la ya injerencia habitual que las normales tecnologías están poniendo de manifiesto en el marco de las relaciones laborales. El estándar de comportamiento, el juego y alcance de los derechos fundamentales se mueve en un doble marco contractual. El control del tiempo de trabajo, la posibilidad de que el registro lo gestione la plataforma del metaverso, los problemas de acoso a la persona trabajadora por parte de terceros usuarios virtuales imposibles de localizar para el empleador, el registro horario, los incumplimientos o comportamientos sancionables de la persona trabajadora respecto a otros usuarios, etc., constituyen cuestiones en las que se imbrican dudas y respuestas llevando a veces la responsabilidad contractual a la extracontractual con facilidad. Los problemas se plantean no solo para la persona trabajadora, doblemente observada y controlada, sino también para la parte empresarial que en muchos casos desconoce cómo actuar en el cumplimiento de su general deber de prevención y actuación diligente.

Por otro lado, las dudas se plantean igualmente si el trabajo se desarrolla para una empresa virtual por una persona trabajadora y el encuentro de la oferta y la demanda ha tenido lugar en el propio metaverso. Sobre todo, teniendo en cuenta que, a diferencia de otras realidades laborales, la que se genera en este espacio virtual constituye un espacio sin fronteras e ilimitado en tiempos y usos horarios. Básicamente porque para su resolución no se puede jugar siempre con los limitados parámetros nacionales que extrapolan conceptos, regulaciones y realidades propias a contextos ajenos en clara contradicción con las fronteras derivadas del Derecho internacional privado que van a determinar la jurisdicción y la ley aplicable. La complejidad de estas normas se agudiza en la necesidad de tener en cuenta la intervención de un tercero que puede verse involucrado en la responsabilidad civil o laboral. Frente a la gobernanza centralizada, la descentralizada no resuelve todos los problemas, sino que, en algún caso, puede incluso amplificarlos a la hora de determinar el juego y la influencia de un tercero en el correcto cumplimiento de la relación laboral.

Lo mismo en relación con la protección de datos, donde la gobernanza centralizada incrementa las dudas jurídicas sobre la proporcionalidad y su solapamiento con la limitación de su uso laboral al estrictamente necesario basado en una norma jurídica o en

un claro interés legítimo del empresario, que no del tercero en cuyo marco se desarrolla o ejecuta el trabajo. Los problemas de transferencia de datos más allá del ámbito europeo están encima de la mesa en el ámbito del metaverso y sus soluciones debieran ir en la línea del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016<sup>6</sup>. Pero también la proyección de su regulación sustantiva en relación con su extraterritorialidad, de modo que para su aplicación resulta irrelevante cual sea la ubicación empresarial de la empresa que se beneficia de los datos, en tanto el punto de mira que lo activa es la residencia de los usuarios del servicio, es decir, contempla la extraterritorial aplicación del Reglamento en determinados supuestos, exigiendo su cumplimiento a entidades que, con independencia de su ubicación o nacionalidad llevan a cabo actividades empresariales en la UE con acceso y tratamiento de datos personales de ciudadanos de la UE (art. 3)<sup>7</sup>. El deber empresarial de evitar una vigilancia invasiva se topa de frente con espacios multiversarios. El uso del metaverso ofrece la revelación de datos biométricos del trabajador más allá de los generales para el control razonable y proporcionado de su actividad. El ejercicio del poder de dirección y control del empleador, sometido a condicionantes europeos y nacionales cuando se trata de tratamiento de datos especialmente protegidos cuando se trata de datos biométricos (que deben ser usados de modo excepcional y sólo con consentimiento, minimización y respetando estrictamente el consentimiento informado y el test de proporcionalidad) rebasa el ámbito de la relación laboral al ingresarse en un mundo virtual inmersivo en el que un tercer ojo panóptico vigila el ojo de tu empresa al mismo tiempo que el de sus trabajadores. El empresario laboral, hasta ahora considerada la gran empresa panóptica cual gran hermano, pasa a ser “panoptizada” por el nuevo “ojo metaversiano”. En el marco de un sistema de gobernanza centralizado el poder del metaverso se incrementa alimentado de sangrientos datos que constantemente le permiten gobernar y chantajear para hacer callar. Por su parte, en los sistemas descentralizados, aunque el poder se diluye, si los datos no están suficientemente protegidos, se distribuyen en múltiples ordenadores y bloques, permitiendo en caso de fuga cibernética una mayor difusión.

Aunque se puede proyectar la aplicación de las reglas generales del RGPD en el marco de la UE cuando los problemas se planteen respecto de usuarios europeos, el reto será elaborar un nuevo desarrollo normativo sobre consentimiento individual y sobre el uso y tratamiento de los datos obtenidos en el metaverso por un tercero por el hecho de facilitar el uso de la plataforma a un empleador. El carácter multinacional del metaverso hará, no obstante, difícil aplicar el RGPD, en tanto los datos recogidos pueden ser de trabajadores ubicados en otras latitudes y que desempeñan su actividad fuera de su ámbito de aplicación territorial y extraterritorial indirecto. De ahí que las empresas que utilicen el metaverso deberán cumplir con normativas de múltiples jurisdicciones.

A los problemas de los datos se añade el de la obligación de dotarlos de sistemas seguros y evitar fugas. La ciberseguridad, que obliga a la empresa a poner en marcha todos los mecanismos posibles para evitar ataques de terceros que pudieran poner en peligro los datos de los que está encargada, encuentra nuevos flancos a tener en cuenta respecto al tercero voluntaria invitado al festín de datos que representa el metaverso.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Un estudio sobre la extraterritorialidad en Ripol Carulla S., *Aplicación territorial del Reglamento*, en AAVV (Dir. Piñar Mañas), *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, 2016, pp. 77-186. Para su coordinación con las reglas de derecho internacional establecidas en el Reglamento Bruselas I bis, *vid.*, De Miguel Asensio P.A., “Competencia y derecho aplicable en el Reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea”, REDI, n° 1/2017, pp. 75-108.



Habrá que abordar la cesi3n de datos que implícitamente se produce para examinar si se trata de una cesi3n consentida o una transferencia de datos en sentido estricto.

Finalmente, el Metaverso plantea un problema crucial, cual es el de la identidad digital<sup>8</sup>. Lo que presenta directas y complejas implicaciones en el ámbito laboral, en tanto la relaci3n laboral constituye una prestaci3n *intuitu personae* en el que las titulaciones, competencias y aptitudes personales y profesionales de la persona determinan su encuadramiento profesional y su consiguiente retribuci3n. La potencialidad del metaverso consiste, entre otras cosas, en la posibilidad infinita de ser quien y como quieras ser (animal, cosa, sexo, orientaci3n, etc.). Ello, en principio, puede eliminar muchos de los problemas derivados de las discriminaciones en todos los ámbitos y resultar más igualatorio que el mundo real, pero la ductilidad que ofrecen los metaversos para proyectarse como avatar automáticamente generan interrogantes laborales en tanto, a fecha de hoy, basta para ser usuario de uno de estos espacios virtuales actuales una cuenta de correo que puede ser inventada y que, a lo sumo, requiere de un m3vil para cotejar una existencia medianamente real. Cuestiones menores, en tanto más conocidas, pero no por ello menos importantes se plantean cuando se actúa en el metaverso contratado personalmente por una empresa real a través de un proceso de selecci3n que establece las indicaciones de c3mo debe ser el avatar a utilizar (aspecto físico y externo) en representaci3n de la empresa en el espacio virtual. El juego y límite que el derecho a la propia imagen impone a los poderes empresariales, los matices de proporcionalidad que plantean dichos derechos en el marco de las relaciones contractuales laborales, o las interferencias que en la proyecci3n de la imagen pueden tener las tendencias de la persona y su libertad de expresi3n o reivindicaci3n son problemas viejos en el marco de nuevos espacios. Pero a diferencia de lo que ocurre en el mundo real, donde salvo en carnaval no es predecible que se presenten candidatos en el servicio público de empleo, a la agencia de colocaci3n o directamente a la empresa contratante, disfrazados de tetera, de indio, de monstruo, de asesina perversa, o santo sanador, lo cierto es que ello puede ocurrir con facilidad en el marco del metaverso como lugar de trabajo, pero, sobre todo, como mercado de trabajo. La ductilidad de manifestaci3n de la personalidad e identidad en el metaverso plantea numerosos interrogantes. En la contrataci3n realizada en el metaverso entre una empresa virtual (que puede tener un gemelo real -empresa real con domicilio social fuera del metaverso- o ser una simple creaci3n de inteligencia artificial) y un avatar proyecci3n de una persona física en la vida real, la caracterizaci3n por la que opte el usuario puede resultar determinante.

Imaginemos que en la ley aplicable al contrato (laboral) o en las regulaciones de responsabilidad social de la empresa existen obligaciones o compromisos de contrataci3n a colectivos basados en la diversidad de raza, étnica, orientaci3n sexual, un número determinado de personas con discapacidad, etc., amén de las obligaciones más generalizadas de la paridad por raz3n de sexo. En la vida real se podría saber si la empresa lo est  cumpliendo, lo que tiene efectos legales (ausencia de sanciones) y reputacionales (en caso de cumplimiento de c3digos de conducta o RSC). Pero resulta que las personas candidatas al empleo pueden conocer dichas normas y desarrollar una caracterizaci3n estratégica para conseguir el empleo manifestándose en el avatar de conformidad con los requerimientos empresariales objetivos. Ciertamente cuando se realice el contrato final podrá saberse si se cumplen los requisitos. Pero la cuesti3n no es tan sencilla cuando se trata de un mercado global en el que la suplantaci3n de identidad est  a la orden del

---

<sup>8</sup> Sobre esta materia puede verse el profundo estudio de Llaneza González, P., *Identidad Digital*, Bosch-Wolter Kluwer, 2021.

día en el trabajo híbrido celebrado a partir de entrevistas de trabajo en *streaming* en las que tras contratar a una persona para un trabajo resulta que quien se pone finalmente a disposición de la empresa resulta no ser la misma persona (con el coste de descubrirlo la empresa tiempo después)<sup>9</sup>. La misma cuestión puede surgir en dirección inversa, cuando la persona real, avatar en el mundo virtual contrata con otro avatar empresario artificial y fraudulento. Sin mecanismo de certificación de identidad fiables, las empresas tampoco pueden saber si a quien contratan reúne las características requeridas, por ejemplo, para obtener beneficios laborales en la contratación o incentivos fiscales. El cumplimiento de los deberes y obligaciones de ambas partes, así como de terceros vinculados, como los compañeros/as de trabajo, a veces exige conocer datos físicos y reales, como la raza, sexo, embarazo, etc., para poder colegir que se ha producido una conducta, en su caso, discriminatoria o para activar las políticas tendentes a la acción positiva. Aunque el “ciego” neutral al que conduce la ductilidad del avatar puede resultar una ventaja desde la perspectiva de la selección objetiva del personal por su mérito y capacidad y no por otras cuestiones ajenas a los datos objetivos, lo cierto es que en muchos otros aspectos la identidad ficticia que provoca la forma y caracterización del avatar obstaculiza el normal funcionamiento de la relación laboral. A salvo de regulaciones futuras que incorporen normas de protección objetiva a modo de nuestros arts. 14.2, 53.4.2º y 55.4 ET, donde el paraguas protector cubre más allá del conocimiento cierto del hecho diferencial discriminatorio por parte del empresario, lo cierto es que en el ámbito del metaverso (donde pueden no encontrarse físicamente nunca las partes contratantes por la lejanía física de la recepción del trabajo respecto de su elaboración) resultará de especial relevancia la construcción de una “identidad digital persistente”<sup>10</sup> para poder certificar el avatar que posee activos únicos y personalizados (vehículos, coches, casas, vestidos, arte) pero, sobre todo, que permita que los usuarios puedan operar en cualquier plataforma (*Self Sovereign Identity* SSI), con independencia del uso de múltiples avatares y que cumplen los requisitos para el desempeño de ciertas profesiones cualificadas. En el ámbito europeo existen ya Propuestas regulatorias para el establecimiento de un marco para la identidad digital europea<sup>11</sup> que permita la identidad de las partes y que la vinculación con ellas de atributos específicos a través de credenciales verificables cuando se trate de metaversos. De este modo, “nuestro avatar en el metaverso podría identificarse a través de un *wallet* de identidad y permitir a su contraparte comprobar, por ejemplo, que es mayor de edad o que dispone de permiso de conducir” permitiendo, a la vez, al individuo un “mejor control de sus datos personales y el uso de los mismos (incluso de forma anónima)”, facilitando el desarrollo de la economía del dato pero permitiendo, al mismo tiempo, la libertad individual y, sobre todo, habilitando la posibilidad de vincular nuestra actividad en el metaverso con las estructuras tradicionales de administración de justicia en caso de conflicto<sup>12</sup>. Pero, incluso, con todas las seguridades, como lo son las del mundo real (DNI, por ejemplo), tampoco los metaversos descentralizados basados en el *blockchain* impedirán las consecuencias jurídicas entre partes por actos derivados de

<sup>9</sup> Realidad especialmente tangible con la pandemia con el trabajo remoto: <https://www.20minutos.es/tecnologia/ciberseguridad/empleados-que-no-son-los-que-contratas-las-entrevistas-de-trabajo-por-videollamada-disparan-los-fraudes-de-identidad-4953124/>. De ahí el nacimiento de empresas que ofrecen mecanismos de verificación de identidad: <https://www.alicebiometrics.com/suplantacion-de-identidad-en-las-entrevistas-en-remoto/>

<sup>10</sup> Newzoo Trend Report “Intro to the Metaverse”, *cit.*, p. 15-17

<sup>11</sup> El 3 de junio de 2021 se hizo pública la Propuesta de modificación del Reglamento (UE) nº 910/2014 para establecer un marco para la Identidad Digital Europea (COM(2021) 281 final), que viene, finalmente, a impulsar y dotar de validez jurídica plena a la identidad digital autosoberana (SSI) y a los libros mayores electrónicos, incluyendo aquellos basados en Blockchain (eIDAS29)

<sup>12</sup> Mata Muñoz, A., “Metaversos: blockchain y seguridad jurídica”, *Diario La Ley sección ciberderecho*, nº 60/2022, de Abril de 2022, Wolters Kluwer, versión digital.

la suplantación de personalidad dentro del metaverso si alguien distinto al titular logra usar su cuenta y sus credenciales. Así, un trabajador podría dejar su avatar a otra persona para que realizara las funciones encargadas (a modo de subcontratación, o por vínculos de amistad, haciéndole un favor al titular del avatar, por ejemplo). Ello mismo ocurriría en la vida real cuando el trabajo se hace por remoto, salvo que estuviera controlado por un dato biométrico no reproducible o, al menos, de menor posibilidad fungible. En ambos casos, mundo real y mundo virtual, la cuestión residirá en demostrar la suplantación a fin de determinar eventuales responsabilidades respecto del empleado y deberían poder activarse mecanismos parecidos a los del mundo real (denuncia, anulación, renovación).

## 2.2. Otras cuestiones

Sin poder entrar en las páginas asignadas en muchas otras cuestiones específicamente laborales<sup>13</sup> baste con destacar algunas de ellas aunque sea sólo de modo listado o meramente referencial. Desde luego, desde la perspectiva del empleo el metaverso ofrece multitud de nuevas oportunidades, no sólo por la enorme creación de empleos vinculados de modo exógeno y directo a la creación y mantenimiento del metaverso (creadores, diseñadores gráficos, arquitectos, marketing, gráficos, creativos, personal de ciberseguridad, programadores, ingenieros de software, etc.)<sup>14</sup>. Asimismo, se crearán empleos indirectos vinculados con la formación de profesionales para actuar en este nuevo espacio dedicados a la formación y a los cursos de reciclaje de quienes ya son trabajadores<sup>15</sup>. Y de modo exógeno, igualmente, es de esperar que se incremente la necesidad de trabajadores tradicionales en el mundo estrictamente real como consecuencia del éxito virtual de la empresa en tanto muchas empresas no sólo actuarán en el mercado virtual, sino que proyectarán las necesidades y las compras en la vida real, de modo que si compras un bolso en el metaverso podrás tenerlo también en pocos minutos en el tu armario real o si encargas un determinado trabajo podrá también proyectarse realmente. El éxito virtual preconiza también más trabajadores, vendedores, diseñadores, contables, gestores, transportistas, etc.

Dentro ya del Metaverso la cuestión es si puede crear empleo, qué empleo y cómo funciona. Se crearán empleos vinculados a nuevas necesidades virtuales, pero también los que reproducen las profesiones y trabajos del mundo real en su versión virtual como abogados, médicos, artistas, representantes, directivos, trabajadores creativos, manuales, pastores religiosos, y todo un largo etcétera. Pero es en el ámbito endógeno donde se detectan unos mayores riesgos de precariedad y de dumping social. El empleo dentro del mundo virtual conecta con la espinosa cuestión del trabajo “para” plataformas, pero también en la interrogante del trabajo “en” plataformas. Ello supone determinar una serie de variables para calificar la naturaleza exacta del trabajo prestado y su normativa regulatoria. Y una vez determinada su naturaleza laboral, proceder a la proyección de las

---

<sup>13</sup> Algunas de ellas pueden verse en LÓPEZ CUMBRE L., “Relaciones laborales “por”, “para” y “en” el Metaverso”, *Diario La Ley*, nº 100033, de 21 de marzo de 2022, versión digital.

<sup>14</sup> Meneses, N., “El metaverso: nuevas oportunidades laborales y retos en el futuro de las redes sociales, *El País*, Madrid, 25 de noviembre de 2021.

<sup>15</sup> En este sentido, no resulta baladí la noticia de que la consultora mundial sobre servicios de Tecnologías de la información, que cotiza en la bolsa de Nueva York, *DXC Technology* (fusión de CSC y HP) ha comenzado a probar en España un proyecto piloto de metaverso -para el entorno laboral integrado en su solución *Uptime*- que espera abarcar a sus 7.000 trabajadores en el país a lo largo del próximo mes de septiembre. Lo que se espera además extender progresivamente de modo que los más de 115.000 empleados con los que cuenta a nivel global puedan utilizar esta tecnología inmersiva en su día a día a fin de mejorar la experiencia de usuario, la productividad y lograr la reducción de costes.

normas laborales generales, ya sean de salarios mínimos interprofesionales o, en el futuro ámbito de la UE, de un salario mínimo adecuado<sup>16</sup>.

Asimismo, el Metaverso presenta una enorme potencialidad en relación con la formación y la prevención de riesgos laborales. En materia de formación se ha aludido a la “magia de los gemelos digitales” que permite a través de entrenamiento en el metaverso recrear situaciones reales 100% seguras y ausentes de los riesgos inherentes al mundo real. Con el Metaverso se ofrece formación en todo tipo de materias y, en materia de riesgos laborales, se permite un entrenamiento preventivo y progresivo con una evaluación y control el trabajador por parte de sus supervisores con ahorro de costes y, sobre todo, de riesgos de daños para el trabajador, con la consiguiente reducción de accidentes y de costes de desplazamientos y de organización de agendas para los cursos formativos, pues se puede diseñar un único curso válido para todos los trabajadores sometidos al entorno de que se trate. Plantear si cabe la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor (ERTE por ciberataque al *Land* empresarial situado en el Metaverso o sufrido por el avatar profesional), o si es posible la extinción del contrato por estos mismos motivos (eliminación del propio Metaverso), constituyen cuestiones que habría también que abordar, al haberse ya dado en el mundo gemelo real<sup>17</sup>. O, por ejemplo, si es posible sancionar y despedir a un avatar, al existir también proyecciones reales de despidos por incumplimiento de órdenes empresariales del uso de la realidad virtual<sup>18</sup>.

Junto a ello, la aplicación del resto de condiciones de trabajo individuales, pero también colectivas, en especial el fomento de la negociación colectiva exógena -incorporando a los trabajadores reales que ejecutan su trabajo en el seno del metaverso a los convenios y acuerdos generales, contemplando, en su caso, especialidades (sobre todo en materia de tiempo de trabajo habida cuenta del desfase horario que caracteriza al mundo global que trata de representar). Pero también buscando puntos y vías de encuentro que permitan la representación y defensa de los trabajadores propiamente vinculados al *crowdworking*, mal denominado trabajo colaborativo, y que más bien pudiera calificarse de “trabajo distribuido” en el que los ordenadores dividen las grandes tareas en otras más simples y básicas a fin de que ejércitos de trabajadores (*clickworkers*) de todo el mundo puedan obtener unos dólares para sobrevivir o, durante un tiempo inicial “creer que juegan” sin ánimo lucrativo<sup>19</sup>. Retribución estrictamente unida o vinculada con la correspondiente obligación de pagar cotizaciones o tasas laborales de calificar la relación como laboral. Y cuyos conflictos deberán resolverse por la vía judicial o extrajudicial, ya sea dentro del metaverso o fuera del mismo, debiendo tener en cuenta en los metaversos centralizados la repercusión, si alguna, de las posibles cláusulas de sumisión asumidas.

---

<sup>16</sup> El 7 de junio de este año 2022 el Consejo y el Parlamento acordó un acuerdo político provisional sobre un proyecto de Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE. Se trata de establecer un marco para determinarlos en lugar de fijar un salario mínimo común europeo, siendo el objetivo principal cumplir con los principios 6 y 8 del pilar europeo de derechos sociales reforzando el papel de los interlocutores sociales y la negociación colectiva para lograr unos salarios que permitan un nivel de vida digno en la medida en que se ha demostrado que los EM con mayor extensión y cobertura de la negociación colectiva ofrece unos salarios más altos a los trabajadores que aquellos países en los que la negociación colectiva está menos generalizada. Su inicial contenido puede verse en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12477-2020-INIT/es/pdf>

<sup>17</sup> La SAN 37/2022, de 14 de marzo de 2022, rec. 13/2022. Un comentario en Beltrán Heredia, I. “ERTE por fuerza mayor derivado de un ciberataque mediante virus *ransomware*”, en su conocido Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 22 de marzo de 2022.

<sup>18</sup> STSJ Asturias de 29 de junio de 2021, rec. 1249/2021, confirmando la del JS nº 4 de Gijón, dictada en fecha 8 de febrero de 2021.

<sup>19</sup> Sobre estos temas *vid.* Cherry, M.A., “Working for (virtually) minimum wage: applying the fair labor standards Act in cyberspace”, *Alabama Law Review* n. 5/2009, pp. 1077 ss.

En fin, se trata de una temática interesante que abre a los interrogantes actuales sobre el trabajo en y para plataformas, otros retos que, sin ser absolutamente novedosos, se nos escapan de las regulaciones nacionales y exigen normas supranacionales mínimas, especialmente regionales por los que a la UE respecta, que establezcan pautas concretas a desarrollar por los Estados parte o miembros. Enfrentarse a una realidad presente pero de proyección total aún lejana, constituye, en todo caso, un reto que habrá de abordarse en futuros trabajos intentando en ellos seguir la estela del siempre avanzado y referente intelectual que ha sido en los temas que ha abordado el profesor y amigo Santiago González Ortega a quien ahora homenajeamos.

**EL CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABAJO Y  
DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES EN EL  
REGLAMENTO ROMA I SOBRE LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS  
INTERNACIONALES**

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ

*Catedrática de Derecho internacional privado*

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE TRABAJADORES
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I
3. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL
4. DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES INTERNACIONALES DE TRABAJADORES

## 1. INTRODUCCIÓN: MOVIMIENTOS INTERNACIONALES DE TRABAJADORES

Este trabajo se centrará en la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo con especial acercamiento a los desplazamientos temporales internacionales de trabajadores. Para ello, se entrará en el estudio del Reglamento (UE) 593/2008 de 17 junio 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>1</sup>. -en adelante Reglamento Roma I-, que constituye la norma central del Derecho europeo en la regulación de esta materia. Sirvan estas breves páginas como homenaje al magisterio y a la persona de SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA tan apreciado por la autora del presente trabajo.

El análisis del citado Reglamento ha generado incontables estudios generales y particulares en sus treinta años de aplicación en la UE, teniendo en cuenta su precedente normativo, el Convenio de Roma de 1980, que entró en vigor el 1 de abril de 1991<sup>2</sup>.

La importancia de los movimientos internacionales de trabajadores es un fenómeno evidente. Por un lado, los desplazamientos de trabajadores desde terceros países con destino a la UE y en concreto a España constituyen un elemento natural del paisaje social europeo y español. Por otro lado, con frecuencia, los trabajadores españoles se trasladan a otros países, europeos y no europeos, con la esperanza de encontrar trabajo o de mejorar sus condiciones laborales. Pero además, en el interior de la UE, los desplazamientos de trabajadores son muy frecuentes debido a la libre circulación de trabajadores, regulada hoy día en el Reglamento (UE) 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión<sup>3</sup>.

La libertad de circulación de trabajadores en la UE supone la abolición, entre los trabajadores de los Estados miembros de la UE, de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo, así como al derecho de estos trabajadores a desplazarse libremente dentro de la UE para ejercer una actividad asalariada, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (arts. 45-46 TFUE). La libre circulación de trabajadores constituye un derecho fundamental para éstos y su familia. Alcanza tanto a los trabajadores permanentes, de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios.

Con arreglo a la libre circulación de trabajadores, todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro de la UE, con arreglo a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado (art. 1 Reglamento 492/2011 de 5 abril 2011 [libre circulación de los trabajadores en la UE]). El principio de igualdad de trato es la base de esta libertad de circulación. Así, por ejemplo, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan el empleo de extranjeros en número o porcentaje, por empresa, rama de actividad, región o a escala nacional, no son aplicables a los nacionales de los otros Estados miembros de la UE.

El Reglamento 492/2011 de 5 abril 2011 [libre circulación de los trabajadores en la UE] elimina obstáculos de Derecho Administrativo al trabajo de los nacionales de

<sup>1</sup> DOUE n° L 177 de 4 de julio de 2008

<sup>2</sup> F.J. Garcimartín Alférez, "El Reglamento "Roma I" sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, n° 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008.

<sup>3</sup> DOUE n° L 141/1 de 27 de mayo de 2011.

los Estados miembros. Sin embargo, nada establece sobre la competencia judicial internacional en relación con los litigios laborales internacionales ni tampoco sobre la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I

El Reglamento Roma I es el instrumento internacional que regula la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo. Por ello, antes de entrar en la regulación concreta, es necesario determinar si el Reglamento Roma I es aplicable al caso en cuestión. Para ello, el contrato internacional de trabajo debe encuadrarse dentro del ámbito de aplicación espacial, temporal, personal y material del mismo. Las decisiones judiciales en materia de lo social, especialmente, ponen mucho hincapié en clarificar el marco normativo en el que se ha de manejar el juez con el fin de localizar el ordenamiento estatal que está llamado a regular el fondo del contrato de trabajo en cuestión.

### 2.1. Ámbito de aplicación espacial

El Reglamento Roma I se aplica de oficio en todo el territorio de los Estados miembros de la UE por sus tribunales, excepto Dinamarca.

### 2.2. Ámbito de aplicación temporal

El Reglamento Roma I sólo se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009, según su art. 29. Por tanto, el Reglamento Roma I es irretroactivo.

### 2.3. Ámbito de aplicación material

El Reglamento Roma I fija la ley aplicable a las “obligaciones contractuales en materia civil y mercantil” respecto a las “situaciones que impliquen un conflicto de leyes”, es decir, respecto a las situaciones internacionales (art. 1.1 Reglamento Roma I y art. 1.1 CR).

#### 2.3.1. Obligaciones contractuales: contrato de trabajo

El Reglamento Roma I se aplica a las obligaciones derivadas de contratos civiles, mercantiles y, por supuesto, contratos de trabajo, contratos onerosos, gratuitos, lucrativos, típicos, atípicos, orales y escritos. Se entiende por “contrato de trabajo” el contrato relativo a un “servicio por cuenta y bajo la dirección de otro a cambio de una remuneración”, con las notas de personal, voluntario, dependiente y por cuenta<sup>4</sup>. Se incluyen en el concepto los “contratos nulos” y las “relaciones de trabajo de hecho” (Informe GIULIANO / LAGARDE)<sup>5</sup>. Igualmente el Reglamento Roma I sólo se aplica a los contratos sometidos al Derecho Privado, es decir a los contratos que celebran entre sí y que vinculan exclusivamente a personas particulares y entes privados. Están excluidos del Reglamento Roma I los

<sup>4</sup> M. Virgós Soriano, en J.D. González Campos y otros, *DIPr. parte especial*, 1995, pp. 143-208; Id., *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989; Id., “Art.10.5 CC”, *Com.CC y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 609-694; Id., “Art.10.10 CC”, *Com.CC y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 769-788.

<sup>5</sup> Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por MARIO GIULIANO, profesor de la Universidad de Milán y Paul Lagarde, profesor de la Universidad de París I, DOCE de 11 de diciembre de 1992 C 327, pp. 1-47, esp. pp. 23-25.



contratos en los que una de las partes es un ente público, pero siempre que actúe con potestad de *imperium*, es decir, siempre que actúe con sus poderes soberanos. Es por ello que el art. 1.1 *in fine* Reglamento Roma I indica que el Reglamento Roma I “no se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas”. Si el Estado o ente soberano contrata a título de particular, sin ejercitar sus poderes exorbitantes, se tratará de un “contrato privado” cuya Ley aplicable se fijará con arreglo al Reglamento Roma I.

El Reglamento Roma I, aunque no define qué se debe entender por “obligaciones contractuales”, excluye determinadas obligaciones que aunque siendo contractuales no se les puede aplicar las disposiciones del Reglamento (arts. 1.2 y 1.3 Reglamento Roma I).

### 2.3.2. *Carácter internacional*

El Reglamento Roma I se aplica a las obligaciones contractuales en las que existe un “conflicto de Leyes”, pero no define qué debe entenderse por “situaciones que impliquen un conflicto de Leyes”. Existen varias tesis para comprobar la existencia de un contrato internacional<sup>6</sup>: a) tesis del “elemento extranjero puro”, b) tesis del “elemento extranjero relevante”, c) tesis del “elemento extranjero no casual”, d) tesis jurídica, y e) tesis del “efecto internacional”. Sin embargo, dos son las tesis más importantes: la tesis del “elemento extranjero puro” y la tesis del “efecto internacional”. La tesis del “elemento extranjero puro” indica que el contrato es internacional cuando concurre uno o varios elementos de extranjería, con independencia de su naturaleza, relevancia o intensidad. La tesis del “efecto internacional” considera que el contrato es internacional cuando produce “efectos conectados con otros países” o afecta a los intereses del comercio internacional. El Reglamento Roma I parece decantarse por la tesis del “elemento extranjero puro” al señalar en su art.1.1 que el Reglamento sólo es aplicable a las obligaciones contractuales “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”.

### 2.4. **Ámbito de aplicación personal**

El Reglamento Roma I tiene carácter *erga omnes*, es decir, carácter universal. Se aplica con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes, o de cualquier otra circunstancia, como el lugar de ejecución del contrato o lugar de celebración del mismo, e incluso, de la Ley designada por el Reglamento, que puede ser la de un Estado miembro o no del Reglamento Roma I.

Numerosas resoluciones judiciales españolas confirman el carácter *erga omnes* o carácter universal del Reglamento Roma I (STS 29 septiembre 1998<sup>7</sup>, STS 20 noviembre 1998<sup>8</sup>, STSJ Galicia Cont-Adm. 16 octubre 2002<sup>9</sup>, STSJ Canarias, Las Palmas, 21 marzo 2003<sup>10</sup>, STSJ Madrid, Social, 21 septiembre 2004<sup>11</sup>, STSJ Madrid, Social, 16 noviembre 2004<sup>12</sup>, STSJ Canarias, Las Palmas, Social, 24 noviembre 2004<sup>13</sup>, STSJ Canarias, Las

<sup>6</sup> *Vid.* A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol.I, 9ª ed., Granada, Comares, 2008-2009, pp. 19-22.

<sup>7</sup> *RJ* 1998/8554.

<sup>8</sup> *RJ* 1998/10009.

<sup>9</sup> *RJCA* 2003/677.

<sup>10</sup> *AS* 2003/3836.

<sup>11</sup> *AS* 2004/2756.

<sup>12</sup> *AS* 2004/3611.

<sup>13</sup> *AS* 2004/3693.

Palmas, 7 marzo 2005<sup>14</sup>, STSJ Madrid, Social, 25 abril 2005<sup>15</sup>, STSJ Madrid, Social, 18 julio 2005<sup>16</sup>, STSJ Madrid, Social, 28 febrero 2006<sup>17</sup>, STSJ Madrid, Social, 21 septiembre 2006, STSJ Canarias, Las Palmas, 9 noviembre 2006<sup>18</sup>, AAP Madrid 10 mayo 2007<sup>19</sup> o STS 31 octubre 2007<sup>20</sup>).

El carácter universal o *erga omnes* de las normas del Reglamento Roma I (art. 2) implica que el juez español que deba precisar la ley aplicable a un contrato internacional lo hará, exclusivamente, teniendo en cuenta la normativa contenida en el Reglamento con independencia de cuál sea la Ley designada, que puede ser la de un Estado miembro o no del Reglamento Roma I, salvo que exista una normativa especial aplicable al caso (como ocurre en relación a los contratos de transporte internacionales que tienen su propia normativa uniforme material de carácter imperativo)<sup>21</sup>, o que el supuesto, aun tratándose de un contrato internacional, esté excluido del mismo (art. 1.2 Reglamento Roma I). Este carácter universal se invoca frente a las leyes, sean de un Estado contratante o de un tercer Estado, pero no frente a las personas.

Por tanto, las normas de Derecho comunitario “prevalecen”, en caso de colisión, sobre el Derecho de producción interna (STJCE 15 julio 1964, *Costa vs. ENEL*, STJCE 14 diciembre 1971, *Politi*, STJCE 13 julio 1972, *Comisión vs. Italia*, STJCE 9 marzo 1978, *Simenthal*, y Declaración TC 13 diciembre 2004). En el caso de los contratos internacionales de trabajo, el Reglamento Roma I prevalece sobre los arts. 10.8 CC y 1.4 ET, como veremos a continuación.

### 3. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL.

#### 3.1. Aspectos generales

Si se cumplen los ámbitos de aplicación del Reglamento Roma, la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional se determina con arreglo al art. 8 del Reglamento Roma I<sup>22</sup>. Ello implica varias consecuencias importantes.

En primer lugar, con el Reglamento Roma I las normas sobre determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales contenidas en el Código Civil resultan

<sup>14</sup> AS 2005/1016.

<sup>15</sup> AS 2005/1268.

<sup>16</sup> AS 2005/2905.

<sup>17</sup> JUR 2006/118738.

<sup>18</sup> JUR 2007/69053.

<sup>19</sup> JUR 2007/247383.

<sup>20</sup> JUR 2007/6815.

<sup>21</sup> *Vid.*, sobre el carácter débil, A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en A.L. Calvo Caravaca/L. Fernández De La Gándara (Dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 64-65; A.L. Calvo Caravaca, “La ley aplicable a los contratos internacionales (el CR de 19 de junio de 1980)”, *Derecho de los negocios*, nº 43, 1994, p. 4.

<sup>22</sup> J. Carrascosa González / M. Rodríguez-Piñero Royo, “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, impacto en el sistema jurídico español”, *RRL*, mayo 1996, núm.10, pp. 85-124; M. Casado Abarquero, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Navarra, 2008; M.E. Casas Baamonde, “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, *Revista de Relaciones laborales*, 1991, pp. 83-122; *Id.*, “Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma”, *Revista de Relaciones laborales*, 1993, pp. 1-10; O. Fotinopoulou Basurko, *La determinación de la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Thomson-Aranzadi, 2006; J.L. Iglesias Buhigues, “Entrada, permanencia y trabajo en España de nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea”, *RJ La Ley*, 31 diciembre 1986, pp. 1-5; J. Galiana Moreno, “Trabajo de los españoles en el extranjero”, *Comentarios a las leyes laborales*, (E.Borraro ed., t.I, vol.I Madrid,

desplazadas. En concreto, las normas de producción interna, art. 10.6 CC y art. 1.4 ET, quedan inaplicables, como hemos visto con anterioridad. Visto que el Reglamento Reglamento Roma I presenta un alcance *erga omnes* (art. 2 Reglamento Roma I), resulta que dicho Reglamento hace totalmente inaplicables los siguientes preceptos: (a) El art. 10.6 CC, precepto que señala La Ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo e introducido por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil; (b) El art. 1.4

Edersa 1991, pp. 207-214; I. Guardans i Cambó, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1992, pp. 397-458; J.L. Iriarte Ángel, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993; J.L. IRIARTE ÁNGEL, *Derechos de los extranjeros en España*, Ed. La Ley, Madrid, 1987; P. JUÁREZ PÉREZ, “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de DIPr.”, *RRL*, 1999-1, pp. 1260-1283; A. MARÍN LÓPEZ, “El contrato de trabajo en Derecho internacional privado español”, *AESJ*, vol. VI, Granada, 1977, pp. 183-216; A. Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 1993, pp. 191-207 y 231-233; M. Moya Escudero, “La ley aplicable al contrato de trabajo en Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 79-97; Id., “Reflexiones en torno al párrafo 4 del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores”, *AESJ*, vol. VIII-IX, 1979-1980, pp. 349-362; M. Moya Escudero, M.L. Trinidad García, J. Carrascosa González, *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1981-1992)*, Granada, Ed. Comares, 1993; A. ORTIZ ARCE, “Art. 10.6 CC”, *CRRef. CC*, 1977, pp. 529-534; A. Remiro Brotons, “Art. 10.6 CC”, *Com. CC y Comp. For.*, 1978, pp. 321-336; M.P. RIVAS VALLEJO, “Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales”, *Actualidad Laboral*, marzo 2007, pp. 557 y ss.; E. Rojo Torrecilla (Coord.), *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, 2006; W. Sanguinetti Raymond, *Teletabajo y globalización*, Min. Trabajo y AASS, Madrid, 2003; M. Virgós Soriano, “El convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado (dirs.): *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, vol. III, Madrid, 1986, pp. 753-825; Id., “Art. 10.6 CC”, *Com. CC Min. Justicia*, 1991, pp. 121-124; Id., “Art. 10.6 CC”, *Com. CC y Comp. For.*, 2ª ed., 1995, pp. 587-609; E. Zabalo Escudero, *El contrato de trabajo en DIPr. español*, Barcelona, Bosch, 1983; Id., “La convención CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el contrato de trabajo”, *RLE*, 1983, vol. 10, pp. 529-540; Id., “Un nuevo supuesto de internacionalidad de la relación laboral ante el TJCE: la pluralidad de contratos”, *Noticias UE*, núms. 235-236, 2004, pp. 97-101; B. Bercusson, *European Labour Law*, London, 1996; R. Clerici, “Rapporti di lavoro, ordine pubblico e convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 2003, pp. 809-830; G. Cataldi, “I recenti sviluppi della giurisprudenza italiana in materia di controversie di lavoro con Stati stranieri”, *RDIPP*, 1991, pp. 691-712; M.E. Corrao, “I rapporti di lavoro nella convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *RDIPP*, 1984, pp. 89-101; J. Deprez, “Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international”, *IBLJ*, 1990, pp. 833-850; P. Fieschi-Vivet, “La règle de conflit applicable au contrat de travail international”, *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique, 1987, pp. 255-259; Ph. Francescakis, “Lois d’application immédiate et droit du travail: l’affaire du comité d’entreprise de la compagnie des Wagons-Lits”, *RCDIP*, 1974, pp. 273-289; P. Franzina, “Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea”, *Lavoro e diritto*, 2008, pp. 97-123; Ch. Freyria, “Convention collective de travail”, *E. Dalloz DI*, vol. I, 1968, pp. 579-583; F. Gamillscheg, “Les principes du Droit du travail international”, *RCDIP*, 1961, pp. 265-284; Id., “Rules of Public Order in Private International Labour Law”, *RCADI*, 1983, vol. 181, pp. 285-347; Id., “A autonomia da vontade no Direito Internacional Privado do Trabalho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1987, pp. 145-161; C. Gulotta, “Informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensione comunitaria”, *DCI*, 1994, pp. 685-730; B.A. Hepple, “Conflict of Laws on Employment Relationships within the EEC”, en K. Lipstein (Ed.): *Harmonisation...*, pp. 39-49; R. Jambu-Merlin, “La loi applicable aux accidents du travail en droit international et en droit communautaire”, *RCADI*, 1983, vol. 180, pp. 237-294; U. Liukkonen, *The role of mandatory rules in international labour law: A comparative study in the conflict of laws*, Helsinki, 2004; J.-P. Laborde, “Les rapports collectifs de travail en droit international privé”, *TCFDIP*, 1996-1997, 1999, pp. 153-162; P. LAGARDE, “Le contrat de travail dans les conventions européennes de droit international privé”, *Droit international et droit communautaire. Actes du colloque, Paris, 5-6 avril 1990*, Paris, 1991, pp. 67-76; M. Ló Diatta, “L’évolution des accords bilatéraux sur les travailleurs migrants”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 101-131; G. Lyon-Caen, *Les relations de travail internationales*, Paris, Editions Liaisons, 1991; A. Malintoppi, “Les rapports de travail en droit international privé”, *RCADI*, 1987, vol. 205, pp. 331-394; M. Maresca, “La regola del trattamento più favorevole: considerazioni sulla disciplina comunitaria della sicurezza sul lavoro in rapporto alla disciplina italiana”, *DCI*, 1994, vol. VIII, pp. 521-543; F. Morgenstern, *Conflictos internacionales de Derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Madrid, 1987; C.G.J. Morse, “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, 1982, pp. 107-160; R.J. Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, Almedina, 1991; F. Pocar, “L’unification des règles de conflits en matière de contrats dans le communautar européen”, *Comunicazioni e studi (diritto internazionale)*. Università di Milano, vol. XV, 1978, pp. 204-220; P. Rodière, *La convention collective de travail en droit international: contribution à l’étude des normes juridique de source professionnelle*, Paris, 1987; Id., “Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (mars 1972). Contribution à l’étude de la nature des rattachements internationaux en droit de travail”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1973, pp. 1-23.

ET, al menos, en lo relativo a la determinación de la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional (STSJ Canarias 24 noviembre 2004, STSJ Canarias, Social, 7 marzo 2005, STS, Social, 17 enero 2005). Sería deseable que las normas de conflicto de producción interna en materia de contratos se modificaran siguiendo el modelo de las normas de conflicto recogidas en el reglamento Roma I, para evitar la gran confusión de nuestros tribunales en la aplicación de estos dos tipos de normativa.

En segundo lugar, la Ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección de Ley por las partes se rige por el art. 8 del Reglamento. Roma I, que es la norma de conflicto específica para la determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo, y no por el art. 4 del Reglamento Roma I, que es la norma general sobre determinación de la Ley aplicable a todos los contratos internacionales en general. Como señala E. Castellanos Ruiz, la jurisprudencia española suele errar en este punto: son frecuentes, por desgracia, los pronunciamientos judiciales que aplican el art. 4 del Reglamento Roma I para determinar la Ley reguladora de un contrato internacional de trabajo (STSJ Madrid 3 junio 1999, STSJ Madrid 11 junio 1999, STS Social 22 mayo 2001, STSJ Galicia Social 19 enero 2002)<sup>23</sup>.

En tercer lugar, el art. 8 del Reglamento Roma I contiene una “norma de conflicto especializada” que determina la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Su principal objetivo es impedir que el empresario “imponga” una “elección de Ley aplicable” al trabajador. Debe afirmarse desde este momento que no es una norma que persiga la aplicación de la Ley más favorable al trabajador. Por ello, dicho precepto no es una norma de conflicto materialmente orientada en beneficio del trabajador. Lo único que persigue es evitar que los empresarios impongan a los trabajadores una elección de Ley aplicable al contrato de trabajo que pudiera perjudicar los derechos de los trabajadores recogidos en las normas imperativas de la Ley del país de prestación de los servicios. Cuando el contrato de trabajo dispone de una elección de Ley en favor de una Ley estatal distinta a la Ley del país de ejecución de los servicios, el legislador presume *juris tantum* que dicha elección perjudica al trabajador porque le ha sido “impuesta” en su perjuicio. Sólo si se demuestra que la elección de Ley no comporta un perjuicio para los derechos de los que dispone el trabajador en las disposiciones imperativas de la Ley del país de prestación de los servicios, la Ley elegida se aplicará al contrato de trabajo.

### 3.2. Normas de conflicto aplicables

Para determinar la Ley aplicable al contrato de trabajo, el art. 8 Reglamento Roma I contiene varias reglas.

#### 3.2.1. *Autonomía de la voluntad conflictual: ley elegida por las partes*

En primer término, el contrato se regirá por la Ley elegida por las partes. La elección de Ley debe cumplir las exigencias contenidas en el art. 3 Reglamento Roma I. Por ello, la elección puede ser expresa (STSJ Madrid Social 15 enero 2008 [servicios en la Embajada de España en Bucarest y elección expresa de la Ley de Rumanía], STSJ Madrid Social 17 diciembre 2008 [servicios para Ministerio español en Atenas y elección expresa de la Legislación griega], STSJ Madrid Social 12 mayo 2008 [contrato de ciclista profesional sometido al Derecho suizo], STSJ Madrid Social 17 septiembre 2008 [Derecho laboral

<sup>23</sup> E. Castellanos Ruiz, “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles, Balance de 15 años de vigencia”, en A.L. Calvo Caravaca/E. Castellanos Ruiz (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 121-188.

de los Estados Unidos elegido en el contrato]). Puede ser también una elección implícita de Ley aplicable. Incluso puede ser verbal (STSJ Madrid Social 11 diciembre 2002). Las partes pueden elegir diversas Leyes reguladoras del contrato, pueden también cambiar la Ley elegida en un primer momento y pueden elegir exclusivamente la Ley aplicable a una parte concreta de su contrato laboral. En este último caso, el resto de cuestiones no cubiertas por la Ley elegida por las partes, se regulará por la Ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección (art. 8.2-4 Reglamento Roma I).

Si las partes han elegido como Ley reguladora del contrato, una Ley extranjera, no podrán en ningún caso estimarse por los tribunales las demandas presentadas por los trabajadores que se funden en la Ley sustantiva española y/o en los convenios colectivos “españoles”. En tal caso, la demanda debe ser desestimada (STSJ Madrid Social 11 diciembre 2002, STSJ Galicia Social 31 octubre 2002, STSJ Madrid Social 31 mayo 2002, SJSocial Com.Madrid 11 noviembre 2002, STSJ Madrid 30 septiembre 2002, STSJ Madrid 27 mayo 2002, STSJ Madrid 27 febrero 2002, STSJ Madrid Social 24 marzo 2003, STSJ Madrid Social 20 marzo 2003, STSJ Madrid Social 23 marzo 2003, STSJ Madrid Social 23 enero 2003).

El art. 8.1 Reglamento Roma I impone una serie de limitaciones para evitar que el empresario “imponga” al trabajador una Ley estatal concreta: “*Las disposiciones no excluibles mediante acuerdo*. La elección de la Ley aplicable no podrá tener por resultado “*privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4*” del art. 8 Reglamento Roma I. Las “disposiciones” a las que se refiere el art. 8 Reglamento Roma I son aquellas normas jurídicas que “no puedan excluirse mediante acuerdo”. Es decir, se trata de las disposiciones imperativas que pertenecen a la Ley que rige el contrato en defecto de elección las normas (Considerando 35 Reglamento Roma I)<sup>24</sup>. La parte que sostenga que las normas del Derecho estatal aplicable en defecto de elección no son “imperativas” y por tanto son “derogables” en virtud de una elección en favor de otra Ley estatal, deberá probar dicha circunstancia (STSJ Madrid Social 13 febrero 2006). Y deberá probar el Derecho extranjero implicado (STSJ, Social, Madrid 14 febrero 2007 [Ley inglesa no acreditada]). Esta regla exige una “comparación” entre la Ley elegida y las “disposiciones imperativas” o “no derogables por acuerdo” pertenecientes a la Ley aplicable al contrato laboral en defecto de elección, que es, normalmente, la Ley del país donde se ejecuta el trabajo. Será aplicable la Ley más favorable al trabajador (*Better Law*). Surgen algunas dudas<sup>25</sup>. Por un lado, nada dice el art. 8 Reglamento Roma I sobre el método a seguir para efectuar la “comparación” entre legislaciones. Por ello, puede afirmarse que cabe comparar: “norma por norma” (*ad. ex.* un artículo de la Ley española con otro artículo de la Ley coreana), “institución por institución” (*ad. ex.* la regulación de las vacaciones contenida en el Derecho laboral español y la contenida en el Derecho marroquí) (ATS Social 15 septiembre 2005, STSJ Galicia 20 octubre 2005), o “Derecho Laboral por Derecho Laboral” (*ad. ex.* comparar el Derecho Laboral español con el Derecho Laboral chino y decidir cuál resulta el más favorable al trabajador). Por otro lado, tampoco dice nada el art. 8 Reglamento Roma I sobre quién debe llevar a cabo esta comparación entre

<sup>24</sup> Cons. 35 Reg. Roma I: “*Los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio*”. *Vid.*, M. Maresca, “La regola del *trattamento più favorevole*: considerazioni sulla disciplina comunitaria della sicurezza sul lavoro in rapporto alla disciplina italiana”, *DCI*, 1994, vol.VIII, pp. 521-543.

<sup>25</sup> F.J. Garcimartín Alférez, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*.

Leyes estatales”. Debe entenderse que esta cuestión se rige por el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto.

Ahora bien, la elección de Ley reguladora del contrato de trabajo no tiene por qué comportar siempre consecuencias negativas para los trabajadores. La elección de Ley puede permitir la aplicación de un Derecho conocido por las partes o de un Derecho que proteja al trabajador en mayor medida que la Ley del país donde se prestan los servicios.

Puede resultar que trabajadores que prestan sus servicios al mismo empresario dispongan de condiciones laborales diferentes, si sus respectivos contratos de trabajo se rigen por Leyes estatales diferentes, como consecuencia de la posibilidad de elección de Ley por las partes. Según la STC 34/2004 de 8 marzo 2004, hay que distinguir dos supuestos. En lo que se refiere a *empresas privadas*, debe admitirse la posibilidad de que, por efecto de la aplicación de Leyes estatales distintas, los trabajadores, incluso aunque presten “iguales servicios”, queden sometidos a un régimen laboral distinto. Argumento: ello debe permitirse porque el empresario dispone del derecho a organizar su empresa como le convenga, siempre que respete los mínimos legales o convencionales. Por el contrario, cuando el empresario es la *Administración pública española*, no rige el principio de la “autonomía de la voluntad”, sino que la Administración está sujeta totalmente al principio de “igualdad ante la Ley”. Así, todos los contratos de trabajo de los trabajadores que prestan “iguales servicios” a la Administración española, deben estar regulados por la misma Ley estatal, y ésta puede ser la Ley estatal elegida por las partes o la Ley designada por el art. 8 Reglamento Roma I. Sólo podría admitirse en el caso de que se trate de trabajadores que prestan iguales servicios a la Administración española, la aplicación de Leyes estatales distintas si el contenido de tales Leyes confiere iguales derechos a los trabajadores (*False Conflict*).

### 3.2.2. En defecto de elección de ley

El art. 8, apartados 2, 3 y 4 Reglamento Roma I, distingue varios supuestos a la hora de fijar la Ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección de Ley por las partes.

A) *Trabajo realizado habitualmente en un Estado*. En este caso, el contrato de trabajo se rige por la Ley del Estado en cuyo territorio se realiza habitualmente el trabajo (*Lex Loci Laboris*). La justificación de la aplicación de la *Lex Loci Laboris* radica en dos argumentos. Por un lado, se trata de una Ley que ambas partes conocen y cuya aplicación al contrato pueden prever con facilidad, lo que les genera costes de transacción conflictuales reducidos<sup>26</sup>. Ello explica los fenómenos de “deslocalización internacional de la producción”, es decir, el traslado de industrias españolas a Marruecos debido a los bajos costes laborales de dicho país. Y, por otro lado, la *Lex Loci Laboris* permite al Estado organizar con efectividad su mercado laboral. De ese modo, todos los trabajadores que prestan sus servicios en un país quedan sujetos al mismo régimen jurídico, salvo elección de Ley por las partes, que será operativa sólo en el caso de que comporte un beneficio para el trabajador.

En cuanto al teletrabajo internacional, la redacción del art. 8 Reglamento Roma I es muy clara en este caso. Rige la Ley del Estado “a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”. No es relevante el país al que se envían los datos, ni tampoco el país donde radica la empresa que emplea al teletrabajador.

<sup>26</sup> J. Deprez, “Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international”, *IBLJ*, 1990, pp. 833-850 ; *Id.*, “Contrat de travail”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-8.

Esta regla también se aplica a los trabajadores que disponen de una “sede laboral” en un país desde la cual prestan servicios en otros países distintos. Es el caso de los trabajadores contratados por las compañías aéreas que fletan vuelos internacionales<sup>27</sup>.

Respecto al desplazamiento internacional de trabajadores, indica el art. 8.2 Reglamento Roma I que “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”. A continuación lo veremos con mayor profundidad.

En relación con los contratos de trabajo a desarrollar en espacios no sometidos a soberanía estatal. Estos supuestos son cada vez más frecuentes: trabajo en plataformas petrolíferas situadas en aguas internacionales, trabajos desarrollados en los fondos Marinos internacionales, viajes espaciales, expediciones a la Antártida, etc. A falta de elección de Ley, no puede recurrirse a la Ley del país donde se prestan los servicios (art. 8.2 Reglamento Roma I), por razones evidentes. Debe aplicarse la Ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”. Se trata de la Ley del país donde el trabajador fue “captado” por el empresario (art. 8.3 Reglamento. Roma I). En todo caso, si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto al país donde fue captado el trabajador, se aplicará la ley de ese otro país, pues es operativa la “cláusula de escape” (art. 8.4 Reglamento Roma I).

El problema de los trabajos desarrollados a bordo de buques o aeronaves, se plantea en relación con el contrato de embarque internacional. Dos supuestos deben distinguirse: 1º) A falta de elección de Ley por las partes, el art. 8 Reglamento Roma I conduce a la aplicación de la “Ley del pabellón del buque o aeronave”, como Ley del país donde se prestan los servicios (*Lex Loci Laboris*); 2º) Cuando se trate de buques o aeronaves que enarbolan “pabellones de complacencia”, o pabellones de países escasamente vinculados con el caso concreto, es preferible aplicar la Ley del Estado con el que el contrato presenta los *vínculos más estrechos* (art. 8.4 Reglamento Roma I). En efecto, al no existir vinculación real entre el Estado del pabellón y la situación contractual, la aplicación de la Ley de dicho país no estaría justificada, y además, con frecuencia las empresas pesqueras emplean buques con pabellones de complacencia que corresponden a países con una legislación social de escasa calidad.

En cuanto al contrato que presta en un país un trabajador contratado en otro país a través de una ETT. A falta de elección de Ley, se aplica la Ley del país donde el trabajador presta habitualmente sus servicios, y no la Ley del país donde radica la ETT ni la Ley del país donde radica la empresa a la que se prestan los servicios.

*B) Trabajo no realizado habitualmente en un mismo país.* En el caso de “trabajadores itinerantes”, el contrato se rige por la Ley del país “donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”. Varias precisiones son necesarias.

Por un lado, el lugar “donde está situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador” es el lugar desde el que el trabajador ha sido “captado”. En el caso de captación del trabajador por medios telemáticos (Internet, teléfono, carta), el lugar donde radica el “establecimiento que ha captado al trabajador” no tiene por qué coincidir con el lugar donde el trabajador ha recibido la oferta ni con el lugar desde donde

<sup>27</sup> F.J. Garcimartín Alférez, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*.

esta parte. En efecto, no se trata de individualizar el “lugar de celebración del contrato”, por lo que el art. 1262 CC es inaplicable.

Por otro lado, en el caso de trabajos prestados en *varios países* pero a través de una ETT, surge un agudo problema: ¿prima la Ley del lugar donde radica el “establecimiento de la ETT” o el lugar donde radica el “establecimiento de la empresa a la que se prestan los servicios”? El art. 8.3 Reglamento Roma I parece decantarse por el lugar donde radica el establecimiento o sede de la ETT que contrata al trabajador, pues no existe contrato entre el trabajador y la empresa a la que se prestan los servicios.

### 3.2.3. En defecto de elección de ley: cláusula de excepción

Si, con independencia de cuál sea el país o países de prestación de los servicios, el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con otro país, se aplicará la Ley de ese “otro país”. Se aplica la Ley del Estado con el que el contrato presenta los “vínculos más estrechos” (art. 8.4 Reglamento Roma I). Es una “cláusula de excepción” que puede aplicarse cuando el único “dato de extranjería” del asunto sea el “país de prestación de los servicios”. De este modo, se evita la aplicación de la Ley del país donde se prestan los servicios (*Lex Loci Laboris*) y se aplica la Ley del país más vinculado, que suele ser la Ley del país de residencia o sede común de empresario y trabajador (correctamente: STSJ Galicia 26 abril 2004, STSJ Canarias 24 noviembre 2004, STSJ Canarias, Social, 7 marzo 2005; erróneamente: STS, Social, 25 enero 2000).

La aplicación de esta cláusula no es “excepcional”<sup>28</sup>. Procede tras una valoración de las vinculaciones fácticas del caso. De ese modo, debe aplicarse la Ley del país más vinculado con la situación, y no la Ley más favorable al trabajador ni necesariamente, la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto<sup>29</sup>. El precepto no exige que la vinculación del caso con ese otro país sea “manifiesta” ni que tales vínculos con ese otro país se desprendan “claramente” de la situación. Basta acreditar con un análisis del “conjunto de circunstancias”, que el contrato presenta “vínculos más estrechos” con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3 del art. 8 Reglamento Roma I.

### 3.3. Orden público internacional

La Ley del país donde el trabajador presta sus servicios puede ser descartada si vulnera el orden público internacional del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*): art. 21 Reglamento Roma I. Hay que tener en cuenta que no procede invocar el orden público internacional por el simple hecho de que la *Lex Fori* sea “más favorable” para el trabajador que la Ley del país en cuyo territorio se prestan los servicios (Sent. Cass Italia 26 noviembre 2004). Además, el orden público internacional en materia laboral no está constituido por las normas inderogables o imperativas de la *Lex Fori*, sino por los principios básicos del Derecho Laboral español (Sent. Cass Italia 21 abril 2005, Sent. Cass Italia 7 diciembre 2005, Sent. Cass Italia 23 febrero 2006, Sent. Corte Cass. Italia 4 mayo 2007). El hecho de que el Derecho del país de prestación de los servicios regule las cuestiones laborales de manera distinta a como lo hace la legislación española no autoriza a aplicar dicha legislación ni a invocar el orden público internacional (con errores muy graves: STSJ Madrid 10 octubre 2007 [trabajo en Marruecos de trabajadora

<sup>28</sup> M.-A. Moreau, “L’implication des travailleurs dans la société européenne”, *Droit social*, nº 11, novembre 2001, pp. 967-976.

<sup>29</sup> J. Deprez, “Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international”, *IBLJ*, 1990, pp. 833-850.



española] pero con un magnífico voto particular de Ilma. Sra. Hernández Vitoria). Existe una enconada polémica en relación con la posible contrariedad con el orden público internacional de la aplicación de la Ley de un Estado extranjero que permite un despido libre totalmente injustificado y sin indemnización alguna, y sin control alguno de la regularidad del despido. Algunos tribunales indican que ello comporta vulneración del orden público internacional español (Sent. Corte Cass. Italia 9 mayo 2007, Sent. Corte Cass. Italia 19 julio 2007). Otros subrayan que ello no provoca vulneración del orden público internacional español (STSJ Madrid Social 17 septiembre 2008 [Derecho laboral de los Estados Unidos]).

## **4. DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES INTERNACIONALES DE TRABAJADORES**

### **4.1. Solución general. El art. 8 Reglamento Roma I**

Se entiende por desplazamiento temporal de trabajadores, según el Considerando 36 Reglamento Roma I, “la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”. Por otro lado, “la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”.

El art. 8.2 *in fine* Reglamento Roma I afirma que si el trabajador desarrolla su trabajo en un solo país, se aplicará al contrato, a falta de elección, la Ley de dicho país (*Lex Loci Laboris*), y que “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”. Esta regulación favorece la “introducción temporal” de trabajadores en el territorio de un Estado, -cuyas normas no resultan de aplicación al contrato-, pues se provoca un claro “*dumping* social internacional”: trabajadores contratados en un país determinado en condiciones ventajosas para los empresarios, pueden ser “introducidos” temporalmente en el territorio de otros Estados con legislaciones laborales más severas, y los contratos seguirían regulados por la “Ley de origen” o Ley del país donde “habitualmente” prestan sus servicios los trabajadores. Para evitar este resultado, profundamente perturbador del mercado laboral de países con legislaciones sociales avanzadas, la Directiva 96/71/CE y la Ley 45/1999 de 29 de noviembre, introducen una regulación jurídica específica del desplazamiento temporal internacional de trabajadores.

### **4.2. Solución específica. La Directiva 96/71/CE y la Ley 45/1999**

La Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios ha sido desarrollada en España por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. La regulación establecida por la Directiva y por la Ley 45/1999 prima sobre el Reglamento Roma I (art. 23 Reglamento Roma I) y procura garantizar la libre circulación de trabajadores en la UE, los derechos laborales de los trabajadores desplazados a otro Estado miembro y la coherencia del mercado laboral del Estado

miembro de destino. Debe recordarse que la Directiva 96/71/CE fue aprobada con el único voto en contra del Reino Unido y la abstención de Portugal.

#### 4.2.1. *Supuestos cubiertos*

Los supuestos cubiertos por la Directiva 96/71/CE y por la Ley 45/1999 (Considerando 34 Reglamento Roma I) son solo tres (art. 3 Ley 45/1999): 1) Desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios; 2) Desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte; 3) Desplazamiento de un trabajador por parte de una ETT para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida en otro Estado miembro. En el caso de trabajadores que prestan su servicios a bordo de trenes que atraviesan territorios de varios Estados miembros, si tales trabajadores realizan una parte importante de su trabajo en el Estado miembro de origen o destino, en el que está establecida la empresa que les ha destinado a la prestación de servicios en trenes internacionales, debe estimarse que tales trabajadores “no mantienen con el territorio del Estados miembros por los que circulan estos trenes un vínculo suficiente para ser considerados como desplazados, en el sentido de la Directiva 96/71” (STJUE 19 diciembre 2019, C-16/18, *Michael Dobersberger*).

La Directiva y la Ley 45/1999 sólo se aplican si se trata de empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores, al territorio de otro Estado miembro. Cuando el desplazamiento temporal de trabajadores no es “intra-UE”, la Ley que rige el contrato de trabajo sigue siendo la Ley que lo regulaba *ex art. 8* Reglamento Roma I. Sólo se regulan los desplazamientos temporales y relativos a una prestación de servicios que no sea de escasa importancia. No se define qué debe entenderse por desplazamientos temporales; ello se concreta en el caso específico (STSJ Galicia 20 octubre 2005).

#### 4.2.2. *Normas de conflicto aplicable y derechos laborales protegidos con arreglo a la Ley del Estado de destino*

La solución que la Directiva y la Ley 45/1999 establecen en relación con el “*dumping* social internacional” es la siguiente: con total independencia de cuál sea la Ley estatal que rige el contrato de trabajo, el trabajador temporalmente desplazado dispone de unos “derechos laborales mínimos” recogidos por la legislación laboral del Estado miembro a cuyo territorio son trasladados temporalmente tales trabajadores. Tales derechos y cuestiones regidos por el Estado al que han sido temporalmente desplazados los trabajadores se recogen en el art. 3 Directiva. La expresión “legislación laboral” incluye los convenios colectivos a los que se refiere la Directiva.

La Ley 45/1999 establece varias soluciones. En primer lugar, el art. 3 Ley 45/1999, de 29 de noviembre, fija los *derechos mínimos* reconocidos por la legislación española a los trabajadores desplazados a España, -tiempo de trabajo, cuantía del salario, igualdad de trato y no discriminación, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, respeto de la intimidad, libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión, etc.-. De este modo, los arts. 3, apartado 1, y 6 de la Directiva 96/71, en relación con su art. 5, deben interpretarse en el sentido de que las normas sobre salario mínimo del país de destino del trabajador deben respetarse (STJUE 8 julio 2021, C-428/19, *OL, PM*). Las reglas relativas a la ruptura del contrato laboral no forman parte de las reglas imperativas de protección mínima del país de recepción de los trabajadores que deben aplicarse a

los trabajadores desplazados (Sent. Cour Cass. Francia soc. 18 enero 2011, *Resource Consulting Ltd.*, STSJ Galicia, Social, 29 marzo 2011 [trabajador portugués desplazado temporalmente a España]). Por el contrario, la normativa nacional del Estado de destino que establece un plazo de prescripción de cinco años respecto al incumplimiento de las obligaciones relativas a la retribución de los trabajadores desplazados afecta al salario mínimo protegido por el art. 3 Directiva y es aplicable a los trabajadores desplazados (STJUE 10 febrero 2022, C-219/20, *Fürstenfeld* [sociedad establecida en Eslovaquia que desplaza trabajadores a Austria] FD 53). En segundo lugar, la Disposición Adicional Primera Ley 45/1999 de 29 noviembre indica que los trabajadores desplazados desde España a otro país comunitario o del EEE quedarán protegidos por las normas de dicho país que desarrollan la Directiva 96/71/CE (Ley del país donde se desarrolla el trabajo temporal). En tercer lugar, como consecuencia de la Directiva 96/71/CE y de la Ley 45/1999, se produce una fragmentación de la Ley aplicable. La aplicación de la Ley el país donde se presta el trabajo temporal a ciertos aspectos del contrato de trabajo y condiciones laborales supone una “fragmentación de la Ley aplicable”: los aspectos contemplados por el art. 3 Directiva 96/71/CE se rigen por la Ley del país donde se prestan temporalmente los servicios, mientras que el resto de aspectos no contemplados, se regulan por la Ley designada por el art. 8 Reglamento Roma I. Y, en cuarto y último lugar, los Estados miembros pueden imponer a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual, “condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71, en la medida en que se trate de “disposiciones de orden público”. Los Estados miembros pueden precisar con libertad cuáles son las “exigencias de orden público”. Sin embargo, dicho concepto debe interpretarse en sentido estricto. Así, el carácter de disposiciones de “orden público” sólo puede invocarse en caso de que exista una “amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”. Tales disposiciones deben superar un test de oportunidad y de proporcionalidad (STJUE 7 junio 2007, *Comisión vs. Bélgica*, STJCE 14 marzo 2000, *Église De Scientologie*, STJUE 19 junio 2008, *Enegren*).

#### 4.2.3. La Directiva 2014/67/UE de 15 mayo 2014

La Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios ha sido completada, en sus aspectos de aplicación práctica, por la Directiva 2014/67/UE de 15 mayo 2014. Esta segunda Directiva persigue garantizar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE sin imponer una carga administrativa innecesaria a los prestadores de servicios así como evitar el fraude, los abusos y elusiones de las normas aplicables por parte de las empresas que sacan un provecho indebido o fraudulento de la libre prestación de servicios consagrada en el TFUE o por la aplicación de la Directiva 96/71/CE. El Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, ha modificado la Ley 45/1999 para dar efectivo cumplimiento a la citada Directiva.

# LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL INVESTIGADOR DE CARÁCTER LABORAL

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

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

Universidad de Zaragoza

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO LEGAL DE REFERENCIA
2. LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR
3. EPÍLOGO: LA PRÓXIMA Y ESPERADA REFORMA LEGISLATIVA
4. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

## 1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO LEGAL DE REFERENCIA

La entrada en vigor<sup>1</sup> de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, LCTI) se puede calificar como un cambio normativo de gran relevancia, que supera el anterior marco legal –configurado por la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica– y sienta las bases del nuevo Sistema español de Ciencia, Tecnología e Innovación, con capacidades y retos muy distintos a los de 1986. Ciertamente, se requería una nueva ley que diera respuesta a los importantes desafíos del propio desarrollo científico, otorgando otros apoyos y mejores instrumentos a los agentes del sistema, para que poder ser progresivamente más eficaces y eficientes en el ejercicio responsable de sus actividades.

La LCTI tiene en cuenta la pluralidad de agentes que conforman el sistema. Así, junto a las universidades, organismos públicos de investigación, centros sanitarios y empresas, responsables de la mayor parte de la actividad investigadora, en la actualidad también tienen un papel muy destacado otros agentes, como los centros de investigación adscritos a las Comunidades Autónomas, a la Administración General del Estado o a ambas, como son los centros tecnológicos, los parques científicos y tecnológicos y las instalaciones científico-técnicas singulares. Para este extenso conjunto de agentes la Ley establece disposiciones de carácter general, y garantiza, en todo caso, el principio de neutralidad por el cual ningún agente debe resultar privilegiado debido a su adscripción o naturaleza jurídica.

Destacan entre los agentes las Universidades y los Organismos Públicos de Investigación, de ahí que la Ley se centre en los recursos humanos dedicados a la investigación en Universidades públicas, Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas. Se dedica, a esa materia, el título II del texto legal, dividido en dos secciones: la primera regula las disposiciones generales aplicables a todo el personal investigador de su ámbito de actuación y la segunda se refiere, específicamente, al personal investigador que desarrolla su labor vinculado por una relación de carácter laboral.

De ese contenido particular aplicable a los recursos humanos, interesa destacar la delimitación de la actividad investigadora, así como el catálogo de derechos y deberes específicos del personal investigador, de acuerdo con lo indicado en la Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005, relativa a la Carta Europea del Investigador y al Código de conducta para la contratación de investigadores, sin perjuicio de aquellos otros que les son de aplicación en virtud de la relación, funcional o laboral, que les una con la entidad para la que prestan servicios. Además, se establecen los criterios de selección del personal investigador que deben garantizar su desarrollo profesional sobre la base del respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por último, se favorece la movilidad para el desarrollo profesional del investigador, se facilita la realización de estancias formativas en centros de reconocido prestigio y se reconoce la posibilidad de autorizar al personal investigador a prestar servicios a tiempo parcial en sociedades mercantiles creadas o participadas por los organismos en los que presta sus servicios.

---

<sup>1</sup> Publicada en el BOE de 2 de junio de 2011, entró en vigor a los seis meses de su publicación, a excepción de las siguientes disposiciones: a) el artículo 21, que entró en vigor al año de la publicación; b) el apartado 5 del artículo 25, y los apartados 1, 2 y 3 de la disposición adicional séptima, que entraron en vigor el 1 de enero de 2014; y c) la disposición adicional duodécima que está vigente desde el día siguiente de su publicación.

Igualmente, y en lo relativo a la contratación del personal investigador, regula el legislador tres nuevas modalidades contractuales a las que pueden acogerse tanto los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas, como las Universidades públicas, cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación del personal investigador, sin que ello impida a las entidades citadas contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

## 2. LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR

### 2.1. El personal investigador: su vinculación con la entidad empleadora

Por actividad investigadora se entiende «el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación», considerándose personal investigador el que, estando en posesión de la titulación exigida en cada caso, lleva a cabo una actividad investigadora (art. 13.1 LCTI). Se diferencia del personal técnico, si bien ambos conforman el –así llamado– personal de investigación.

La vinculación del personal investigador con la Universidad pública u Organismo para el que preste servicios podrá articularse mediante una relación sujeta al derecho administrativo o al derecho laboral. Así, ese personal podrá ser funcionario de carrera, funcionario interino o personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal, de acuerdo con el artículo 8 del RD-Leg. 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Mientras el personal investigador funcionario se rige por lo establecido en el vigente texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, por lo dispuesto en la LCTI y, supletoriamente, por la normativa de desarrollo de función pública que le sea de aplicación, el personal investigador de carácter laboral, en cambio, se rige por lo dispuesto en la LCTI, en el vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo, y las normas convencionales, así como por los preceptos del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público que le sean de aplicación.

Singularmente, el personal docente e investigador definido en la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, entre cuyas funciones se encuentre la de llevar a cabo actividades investigadoras, es considerado *ex lege* personal investigador (art. 13.2 LCTI). El amplio colectivo del personal docente e investigador de las universidades está compuesto por funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y de personal contratado, ya sea por medio de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario, que se corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante, ya sea mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.

No obstante, el personal investigador al servicio de las Universidades públicas se registrará también por lo dispuesto en la cita LO de Universidades y su normativa de desarrollo, en el real decreto que apruebe el estatuto del personal docente e investigador

universitario, en los estatutos de las Universidades, en las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en virtud de sus competencias, y en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

## **2.2. Las modalidades contractuales a disposición de la entidad empleadora**

Siguiendo el modelo establecido antes por la LO de Universidades, donde se establecen y regulan unas «modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario» (arts. 48 y ss.), de nuevo el legislador estatal opta por crear las «modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador» (art. 20.1 LCTI).

De entrada, identifica qué entidades empleadoras pueden contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo específicas, a saber (art. 20.2, párrafo primero, LCTI):

- a) Los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas.
- b) Las Universidades públicas, únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I + D + i.

Nótese cómo se limita el recurso a la contratación bajo cualquiera de las modalidades de contrato de trabajo específicas cuando la empleadora es una Universidad pública, pues se restringe bien al supuesto de recibir ayudas o subvenciones destinadas a la investigación y que, además, prevean la contratación de personal investigador o bien al desarrollo de programas propios de I + D + i. Con ello, sin duda, se quiere evitar la contratación de personal docente e investigador que no se dedique de manera exclusiva o preferente a la investigación. La disposición de fondos finalistas externos, de una parte, o la elaboración de un programa propio de I + D + i, de otra, levantan aquella limitación, lo que debilita lo que podría parecer una prohibición parcial de contratar mediante las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador.

Además, tanto los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas como las Universidades públicas, pueden contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 20.2, párrafo segundo, LCTI).

Advierte el legislador que cuanto dispone el artículo 20.2 LCTI «se entenderá sin perjuicio de que corresponde a las Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente la competencia exclusiva para la regulación de sus propios centros y estructuras de investigación, la definición y regulación del régimen de contratación de personal investigador de sus propios centros y estructuras de investigación, en el marco de la legislación laboral vigente». Viene así a reconocer que las Comunidades Autónomas pueden tener competencia normativa para regular sus propios centros y estructuras de investigación, así como para ordenar el régimen y procedimiento de contratación de su personal investigador, pero no para crear nuevas modalidades contractuales, diferentes de las previstas en la legislación estatal vigente en cada momento; y ello por tener el Estado la competencia exclusiva sobre la «legislación laboral» (art. 149.1.7ª CE). Más allá de la denominación que puedan darse a determinadas figuras de personal investigador, según los requisitos de titulación y/o experiencia investigadora exigidos, lo cierto es que la

modalidad contractual debe ser una de las específicas de la propia LCTI u otra modalidad incluida en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

### 2.2.1. *Los contratos de trabajo específicos*

Las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador son las siguientes (art. 20.1, párrafo primero, LCTI):

- Contrato predoctoral.
- Contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.
- Contrato de investigador distinguido.

La ley especial aclara, por si fuera necesario, que el régimen jurídico aplicable a estas modalidades de contrato de trabajo será el que se establece en la propia ley, que incluye varios preceptos, y en sus normas de desarrollo; en su defecto, será de aplicación lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo (art. 20.1, párrafo segundo, LCTI), supletoriamente.

#### A) Contrato predoctoral

Para sustituir a las becas de investigación destinadas elaborar una tesis doctoral, se crea *ex novo* el contrato predoctoral.

En síntesis, su regulación jurídica, a modo de requisitos legales, es la siguiente (art. 21 LCTI):

- El objeto del contrato es la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, por quienes 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, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado. De ahí que este personal tenga la consideración de personal investigador predoctoral en formación.
- El contrato entre el personal investigador predoctoral en formación, en su condición de trabajador, y la Universidad pública u Organismo de investigación titular de la unidad investigadora, en su condición de empleador, debe celebrarse por escrito y se debe acompañar del escrito de admisión al programa de doctorado expedido por la unidad responsable de dicho programa, o por la escuela de doctorado o posgrado, en su caso.
- El contrato será de duración determinada y con dedicación a tiempo completo. La duración mínima del contrato se establece en un año y la máxima en cuatro años. En el supuesto de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a cuatro años podrá prorrogarse sucesivamente sin que, en ningún caso, las prórrogas puedan tener una duración inferior a un año.

No obstante, cuando el contrato se concierte con una persona con discapacidad, el contrato podrá alcanzar una duración máxima de seis años, prórrogas incluidas, teniendo en cuenta las características de la actividad investigadora y el grado de las limitaciones en la actividad.

Ningún trabajador puede ser contratado mediante esta modalidad, en la misma o distinta entidad, por un tiempo superior a cuatro años, incluidas las posibles prórrogas,



salvo en el caso de las personas con discapacidad indicadas en el párrafo anterior para las que el tiempo no podrá ser superior a seis años. No obstante, las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, nacimiento, adopción o acogimiento y riesgo durante la lactancia, suspenderán el cómputo de la duración del contrato. Igualmente lo suspenderán las situaciones previstas en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como medida de protección de las mujeres víctimas de violencia de género.

A modo de excepción, en el supuesto de que, por haber estado ya contratado el trabajador bajo esta modalidad, el tiempo que falte hasta el máximo de cuatro años, o de seis en el caso de personas con discapacidad, sea inferior a un año, podrá concertarse el contrato, o su prórroga, por el tiempo que reste hasta el máximo establecido.

En todo caso, la actividad desarrollada por el personal investigador predoctoral en formación tiene que ser evaluada anualmente por la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, durante el tiempo que dure su permanencia en el programa, pudiendo ser resuelto el contrato en el supuesto de no superar favorablemente dicha evaluación.

- La retribución de este contrato no podrá ser inferior al 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al 60 por 100 durante el tercer año, y al 75 por 100 durante el cuarto año. Tampoco podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional que se establezca cada año *ex* artículo 27 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Como se colige de la exposición del régimen legal de esta modalidad contractual, se trata de un contrato temporal y a jornada completa, de carácter formativo, con una duración limitada a un máximo de cuatro años, como regla general. Teniendo siempre en cuenta su objeto y finalidad, es lógico concluir que la consecución de la titulación de doctorado pone fin a la etapa de formación del personal investigador, de manera que a partir de ese momento da comienzo la etapa postdoctoral, cuya fase inicial está orientada al perfeccionamiento y especialización profesional del personal investigador y se desarrolla habitualmente mediante procesos de movilidad o mediante la contratación laboral temporal (art. 20.4 LCTI).

El RD 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación, desarrolla el régimen jurídico de la relación laboral establecida mediante el contrato predoctoral. La norma reglamentaria es aplicable a cualquier contratación predoctoral, con independencia de la naturaleza pública o naturaleza privada de la entidad contratante.

De su contenido, interesa destacar que, por un lado, «la jornada laboral, descansos, vacaciones y permisos, así como las restantes condiciones de trabajo aplicables al personal investigador predoctoral en formación serán las que se establezcan en el convenio colectivo aplicable a la entidad empleadora respecto al personal con titulación de licenciado, ingeniero, arquitecto o grado universitario y acceso a los programas de doctorado» (art. 8 RD 103/2019); en ausencia de convenio colectivo, resultará aplicable a este personal lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Por otro, respecto de su extinción, esta se producirá por la llegada a término o previa denuncia de cualquiera de las partes, así como por las restantes causas previstas en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Se ha de tener en cuenta que, como se ha adelantado, la consecución del título universitario oficial de doctorado pone

fin a la etapa de formación del personal investigador predoctoral en formación. Por ello, «la obtención del título de doctorado extinguirá el contrato predoctoral, aunque no se hubiera agotado la duración máxima del mismo, considerándose que se ha obtenido el título de doctorado en la fecha del acto de defensa y aprobación de la tesis doctoral» (art. 9.2 RD 103/2019).

#### B) Contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación

De igual manera, el contrato de trabajo de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación se debe celebrar conforme a un conjunto de requisitos, algunos de ellos inicialmente vinculados al contrato en prácticas<sup>2</sup>, actualmente derogado y sustituido por el contrato formativo para el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios. Tales requisitos legales son los siguientes (art. 22.1 LCTI):

- El contrato únicamente puede concertarse con quienes estén en posesión del Título de doctor o equivalente.
- El trabajo a desarrollar consistirá primordialmente en la realización de tareas de investigación, orientadas a la obtención por el personal investigador de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional.
- La duración del contrato no podrá ser inferior a un año, ni exceder de cinco años. Cuando el contrato se hubiese concertado por una duración inferior a cinco años podrá prorrogarse sucesivamente sin que, en ningún caso, las prórrogas puedan tener una duración inferior al año.

Ningún trabajador podrá ser contratado mediante esta modalidad, en la misma o distinta entidad, por un tiempo superior a cinco años.

Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, nacimiento, adopción o acogimiento y riesgo durante la lactancia, suspenderán el cómputo de la duración del contrato.

- La retribución de este contrato no podrá ser inferior a la que corresponda al personal investigador que realice actividades análogas.

Al personal investigador que sea contratado al amparo de esta modalidad se le permite prestar colaboraciones complementarias en tareas docentes relacionadas con la actividad de investigación propuesta, hasta un máximo de 80 horas anuales, previo acuerdo en su caso con el departamento implicado, con la aprobación de la entidad para la que presta servicios y con sometimiento a la normativa vigente de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Supletoriamente, se debe entender de aplicación el artículo 11.3 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Junto a este conjunto de requisitos legales, también se prevé una evaluación de la actividad investigadora desarrollada por la persona contratada. En efecto, a partir de la finalización del segundo año de contrato, el personal investigador contratado por Universidades públicas, Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado u Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas

---

<sup>2</sup> Cfr. Art. 11.1 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, vigente a la entrada en vigor de la LCTI.

podrá someter a evaluación la actividad investigadora desarrollada. Las evaluaciones<sup>3</sup> tendrán en cuenta criterios de excelencia, serán realizadas conforme a las normas de la Universidad u Organismo contratante, y contarán con un informe externo que tendrá carácter vinculante en caso de ser negativo.

De resultar negativa la evaluación, el personal investigador podrá someter la actividad investigadora desarrollada a una segunda y última evaluación antes de finalizar el contrato o sus prórrogas.

Como garantía para el personal investigador contratado, en los procesos selectivos que sean convocados por las Universidades públicas, por los Organismos Públicos de Investigación y otros Organismos de investigación de la Administración General del Estado, por los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas, la evaluación superada en el contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación se tendrá en cuenta a los efectos de su valoración como méritos investigadores en dichos procesos selectivos, proyectándose sobre las pruebas o fases de valoración del currículo del personal investigador que formen parte de esos procesos, de forma que tendrá efectos de exención o compensación de parte de las pruebas o fases de evaluación curricular o equivalentes, para todas las Administraciones públicas.

Además, en caso de prestar servicios para Universidades públicas, se tendrá en cuenta la evaluación superada a efectos de la consideración de los méritos investigadores en la evaluación positiva requerida para la contratación como Profesor contratado doctor, según el artículo 52 de la Ley Orgánica de Universidades.

### C) Contrato de investigador distinguido

Este contrato de trabajo se puede celebrar con investigadores españoles o extranjeros de reconocido prestigio en el ámbito científico y técnico, que se encuentren en posesión del título de doctor o equivalente, conforme a los siguientes requisitos (art. 23 LCTI):

- El objeto del contrato será la realización de actividades de investigación o la dirección de equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia en el ámbito de conocimiento de que se trate, en el marco de las funciones y objetivos del empleador.
- El contrato tendrá la duración que las partes acuerden.
- La duración de la jornada laboral, los horarios, fiestas, permisos y vacaciones serán los fijados en las cláusulas del contrato.
- El personal investigador contratado no podrá celebrar contratos de trabajo con otras entidades, salvo autorización expresa del empleador o pacto escrito en contrario, y sin perjuicio del respeto a la normativa sobre incompatibilidades del personal.

---

<sup>3</sup> Las evaluaciones externas serán realizadas por:

a) la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) o el órgano equivalente de evaluación externa que la ley de la Comunidad Autónoma determine, en el caso de personal investigador contratado por Universidades públicas;

b) la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva (ANEP) o el órgano equivalente que se determine en el seno de la Agencia Estatal de Investigación, en el caso de personal investigador contratado por Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado;

c) el órgano equivalente a la ANEP en las Comunidades Autónomas, o en su defecto la ANEP, cuando el personal investigador haya sido contratado por Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas diferentes de la Administración General del Estado.

- El contrato estará sometido al sistema de seguimiento objetivo que el empleador contratante establezca.
- El contrato podrá extinguirse por desistimiento del empleador, comunicado por escrito con un preaviso de tres meses, sin perjuicio de las posibilidades de rescisión del contrato por parte del empleador por causas procedentes. En caso de desistimiento del empleador, el personal investigador contratado tendrá derecho a percibir la indemnización prevista para el despido improcedente en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sumada, en su caso, a la que pudiera corresponderle por incumplimiento total o parcial del preaviso, siendo esta última equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.

Se observa cómo el régimen jurídico de esta modalidad contractual se asemeja al aplicable a la relación laboral especial de alta dirección, tanto por el amplio margen de ordenación de las condiciones de trabajo asignado a la voluntad contractual como por la admisión del desistimiento empresarial como cauce válido para la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Considerando el objeto del contrato, que incluye la dirección de equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia, parece lógico que sea haya optado por dicha asimilación.

### 2.2.2. *Los contratos de trabajo comunes u ordinarios (remisión)*

También los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas y las Universidades públicas «podrán contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» (art. 20.2, párrafo segundo, LCTI).

Para despejar cualquier mínima duda que pudiera plantearse, el legislador hace una remisión al resto de modalidades contractuales que contemple la legislación laboral común. Si, *ab initio*, pudo pensarse en las modalidades formativas, en particular en el contrato en prácticas, en los contratos de duración determinada, especialmente en el contrato para obra o servicio determinado vinculado a un proyecto de investigación, o en los contratos de interinidad, además de la contratación a tiempo parcial, tras la reforma laboral de finales de 2021 -introducida por el RD-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- hay que entender completada esa remisión a las nuevas modalidades de contratación formativas y de duración determinada, siempre que resulten adecuadas para el desarrollo de la actividad investigadora, además de a los contratos por tiempo indefinido.

Más que los nuevos contratos, de la ley de reforma hay que subrayar la desaparición del contrato de obra o servicio determinado, muy extendido en el ámbito de la investigación por estar ligado a la ejecución de un proyecto o contrato de investigación, si bien se contempla un régimen transitorio<sup>4</sup> aplicable a los contratos de duración determinada celebrados antes o después del 31 de diciembre de 2021.

<sup>4</sup> Así, los contratos por obra o servicio determinado celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años y que estuvieran vigentes el 31 de diciembre de 2021, mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo a su normativa de aplicación, con el límite máximo de tres años contados a partir de la citada fecha (disp. trans. tercera RD-ley 32/2021). De otra

Sin embargo, de manera excepcional, el legislador reformista permite suscribir contratos de duración determinada por parte de las entidades que integran el sector público, reguladas en el artículo 2 del RD-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, siempre que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos; igualmente, pueden celebrarse contratos de duración determinada que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea (disp. adic. quinta RD-ley 32/2021).

### *2.2.3. El nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas*

El RD-ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, ha introducido un nuevo contrato indefinido para actividades científico-técnicas. Se trata de una «modalidad general de contratación laboral indefinida en el ámbito del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación»<sup>5</sup>, que entronca de manera clara con la reforma laboral de 2021, tras haber generalizado y extendido -como se sabe- la contratación indefinida en todos los sectores.

Pese a la inclusión, a través del Proyecto de Ley<sup>6</sup> por el que se modifica la LCTI, de este nuevo contrato de actividades científico-técnicas, mediante la incorporación de un nuevo artículo 23 bis en la referida norma legal, se consideró urgente disponer su aplicación inmediata para permitir que dichos contratos laborales indefinidos puedan suscribirse por los agentes del Sistema español de Ciencia, Tecnología e Innovación, más aun cuando los contratos para obra y servicio determinado, celebrados desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022, no pueden tener una duración superior a seis meses.

El objeto de los contratos de actividades científico-técnicas es la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas, que se definen como un conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos, contruidos de manera sistemática alrededor de un eje temático en el que confluyan actividades realizadas por uno o más grupos de investigación y que requerirá su desarrollo siguiendo las pautas metodológicas adecuadas en forma de proyectos de I+D+I.

Se podrá celebrar con personal con título de licenciado, ingeniero, arquitecto, diplomado, arquitecto técnico, ingeniero técnico, grado, máster universitario, técnico/a superior o técnico/a, o con personal investigador con título de doctor o doctora.

Los procedimientos de selección de este personal laboral se realizarán, en todo caso, a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia.

---

parte, los contratos para obra y servicio determinado, celebrados desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022, se registrarán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a seis meses (disp. trans. cuarta RD-ley 32/2021)..

<sup>5</sup> Introducción al RD-ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (BOE de 6 de abril de 2022).

<sup>6</sup> Último texto consultado: BOCG, Congreso de los Diputados, de 23 de junio de 2022.

Es importante destacar que los contratos de actividades científico-técnicas, de duración indefinida, no formarán parte de la Oferta de Empleo Público ni de los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal a que se refiere el artículo 70 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, ni su convocatoria estará limitada por la masa salarial del personal laboral.

Asimismo, cuando los contratos estén vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, tampoco requerirán del trámite de autorización previa.

Como normas supletorias para completar su régimen jurídico, son de aplicación el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, correspondiendo al personal contratado la indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral.

A los efectos de su clasificación, este contrato hay que incluirlo entre las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador, junto con las hasta ahora contempladas en el artículo 20.1 LCTI, si bien estas son de naturaleza temporal y la nueva es de carácter indefinido. Es verdad que la norma de urgencia no ha modificado ese precepto legal, pero por su objeto, sin duda, se trata de una modalidad específica aplicable al personal que realiza actividades de investigación. Esa opción se confirma en el texto del Proyecto de Ley por el que se modifica la LCTI, que modifica el artículo 20.1 LCTI para incluir una nueva letra: d) contrato de actividades científico-técnicas.

### **3. EPÍLOGO: LA PRÓXIMA Y ESPERADA REFORMA LEGISLATIVA**

Como se ha adelantado *ut supra*, se está tramitando el Proyecto de Ley por el que se modifica la LCTI. Se puede calificar como una reforma legislativa profunda y de alcance muy amplio. Esa modificación también afecta a la contratación laboral del personal investigador, en particular a las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador, las iniciales: contrato predoctoral, contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación y contrato de investigador distinguido. El nuevo marco normativo que surja de la reforma legislativa, contempla el nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas, que ya ha sido adelantado en su vigencia por el RD-ley 8/2022.

Con todo, se mantiene el mismo esquema para la contratación laboral del personal investigador. Así, además de las modalidades específicas de contrato de trabajo para el personal investigador, unas temporales y otra -la más reciente- de duración indefinida, las entidades empleadoras podrán contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, esto es, contratos formativos, contratos de duración determinada y, por supuesto, contratos indefinidos, incluido el contrato fijo-discontinuo, a tiempo completo a tiempo parcial. Elección de la modalidad contractual común que vendrá condicionada por el objeto del contrato, la persona trabajadora que se pretenda contratar y la existencia de causa que justifique su duración determinada, en tal caso.

**BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

BALLESTER LAGUNA, F. (Coord.): *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2016.

BALLESTER LAGUNA, F.: «Los contratos laborales del personal investigador en España. Especial referencia al sector público», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2017.

BALLESTER LAGUNA, F.: «El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: un “traje a medida” del contrato predoctoral», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019.

DE VAL TENA, Á. L.: *Los trabajadores directivos de la empresa. Consejeros y administradores, personal de alta dirección y empleados directivos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «La contratación de investigadores por Universidades públicas en la Ley de la Ciencia de 2011», *Revista de Trabajo y Seguridad Social – Centro de Estudios Financieros*, núm. 404, 2016.

MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevos contratos indefinidos en la reforma: ¿Modelos de transición-transacción para estabilizar al personal investigador público?», *Iuslabor*, núm. 1, 2022

MORENO I GENÉ, J.: *El estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2020.

MORENO I GENÉ, J.: «El estatuto del personal Investigador predoctoral en formación: cuestiones conflictivas actuales», *Documentación Laboral*, núm. 123, 2021.

MORENO I GENÉ, J. Y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*, tirant lo blanch, Valencia, 2010.

SERRANO ARGÜELLO, N.: «Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador: de la precarización al desiderátum de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014.

# EL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO: UN DECÁLOGO PARA LA REFLEXIÓN

MARÍA JOSÉ FEIJÓO REY

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

Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

1. EL TELETRABAJO NO ES UNA NOVEDAD LEGISLATIVA
2. LA PANDEMIA COMO INCENTIVO AL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO
3. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO: NUEVO EJEMPLO DE TRATAMIENTO CONJUNTO, UNA SINGULARIDAD QUE PUEDE LLEVAR A UNA DIVERSIDAD INJUSTIFICADA
4. EL MARCO JURÍDICO: ARTÍCULO ÚNICO (47 BIS DEL RDL 29/2020)
5. LA CARACTERIZACIÓN RELEVANTE: LA VOLUNTARIEDAD & LA REVERSIBILIDAD
6. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: UNA COMPLEJA ARTICULACIÓN
7. LA ASUNCIÓN DE GASTOS NECESARIOS PARA IMPLEMENTAR EL TELETRABAJO
8. LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS DEL EMPLEO PÚBLICO IDÓNEOS PARA “CONCRETAR” EL TELETRABAJO: RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO & PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS
9. LA PERSONA IDÓNEA PARA EL DISEÑO Y SEGUIMIENTO DE LA REORGANIZACIÓN NECESARIA PARA EL TELETRABAJO: EL DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL
10. LA CONCRECIÓN DEL TELETRABAJO: QUO VADIS?



## INTRODUCCIÓN

En plena pandemia, con recientísima normativa de “emergencia” en materia de teletrabajo en el empleo público, acudo al Profesor Santiago González Ortega planteándole la posibilidad de impartir una ponencia en modalidad virtual y tiempo real, sobre esa temática en el marco de las Jornadas Universitarias de Empleo Público, que dirijo académicamente y que en el año 2020 alcanzaban la 14ª edición. Su respuesta, fue afirmativa con tono lacónico: “por supuesto, voy a estudiarlo, cuenta conmigo”.

Este es el “modo” que el Profesor Santiago González Ortega, tiene para afrontar una invitación: siempre con ánimo y rigor cualquier temática que se le proponga, incluso, como es el caso, en absoluta fase embrionaria. Con su metodología, mezcla de sistemática cual excelente estudiante y atrevimiento propio de un excelente profesor, le escuchamos durante su ponencia con suma atención, y además en modalidad, valga la redundancia, de teletrabajo desde su despacho, haciendo gala de manejarse cual experto informático. AHÍ y ASÍ empezó a disertar... Y sobre esta su ponencia voy a destacar, y simultáneamente comentar, las enseñanzas más notables de sus sabias reflexiones e intuiciones diversas, como una suerte de Decálogo del teletrabajo en el empleo público.

### 1. EL TELETRABAJO NO ES UNA NOVEDAD LEGISLATIVA

En el sector privado encontramos puntuales experiencias fruto de la negociación colectiva, y con apoyo normativo en el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, firmado por la Confederación Europea de Sindicatos y las Organizaciones Patronales de la Unión Europea (16 de julio de 2002 y revisado en el año 2009), en el que introducen una serie cuestiones mínimas y de reglas acerca del teletrabajo que las organizaciones nacionales adscritas a las firmantes se comprometen a llevar al contenido de los convenios colectivos que negocien en sectores y empresas en las que el teletrabajo esté implantado o pueda implantarse, con justificación en el uso productivo de las TIC. Pero, en el empleo público, la casuística es más variada y ha encontrado regulación y aplicación, destacando el II PLAN DE IGUALDAD DE LA AGE (2005) y el marco normativo justificador en la mayoría de los casos en materia de conciliación de la vida laboral en lo personal y familiar, y un ámbito subjetivo conjunto de empleados públicos o separado y en cualquiera de los territorios de las Administraciones Públicas.

Este punto no es pacífico porque apoyar como justificación favorable del teletrabajo el hecho que permite la referida conciliación, es ignorar que la carga doméstica recae mayormente sobre la mujer. Por ello, ubicar a la mujer trabajadora a desarrollar su trabajo profesional en su propio espacio “doméstico” llevará a confundir ambos ámbitos, esto es, el del rol profesional y el de rol reproductivo-cuidadora y doméstico. Ese solapamiento, va a suponer, sin duda, una sobrecarga en la mujer y también una involuntaria pero inevitable reducción en su rendimiento profesional, lo cual todo ello supone una pérdida de derechos conseguidos en las últimas décadas. Por ello, procede advertir aconsejando cautela a la “alegría” con la que se solicita la modalidad de teletrabajo, obviando la singularidad que supone trabajar en el mismo espacio donde se habita.

También hay que tener en cuenta que el teletrabajo no es aplicable “erga omnes” a cualquier puesto de trabajo, esto es, no todas las actividades que prestan las Administraciones Públicas pueden desarrollarse mediante teletrabajo. Destacan como potenciales puestos de trabajo teletrabajables aquellos cuyas funciones son burocráticas o de gestión-administración. Pero, en absoluto podrá “teletrabajarse” en el ámbito de la prestación de servicios, tales como seguridad pública, salud pública, sanidad, educación, transporte o las

vinculadas a empresas públicas o sociedades mercantiles públicas que prestan servicios al mercado. La atención personalizada, la prestación personal de un concreto servicio público, son límites a observar y, obviamente, evitando aplicar la modalidad de prestación laboral de teletrabajo que suponga una afectación negativa en la calidad del servicio público a prestar a la ciudadanía.

En consecuencia, se puede concluir que la prestación de una amplia gama de servicios públicos a la sociedad, muy frecuentemente y debido a su naturaleza y exigencias, hacen prácticamente imposible su realización mediante el teletrabajo.

## **2. LA PANDEMIA COMO INCENTIVO AL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO**

La pandemia, ha tenido un impacto sobre la prestación del trabajo productivo, tanto por las limitaciones al movimiento como por las distancias impuestas entre personas, y por ende también en las personas trabajadoras. El empleo se venía prestando en modo presencial, exigiendo desplazamientos en trayecto de ida y vuelta, así como desarrollándose las necesarias relaciones interpersonales intra y extra sede del trabajo con ocasión de la implementación del trabajo-función asignada.

Es en este escenario en el que se acude al teletrabajo como “solución”, opcional para la parte empresarial decidiendo seguir o no en la actividad productiva, pero, en cambio, de mayor complejidad en el empleo público donde no puede cesar la prestación de servicios, en aras del “interés general” que le afecta por mandato constitucional.

No obstante, inicialmente la pandemia fue de tal impacto que el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, reguló un permiso retribuido recuperable (ciertamente por las condiciones y plazos fue de difícil recuperación) para las personas trabajadoras por cuenta ajena, con la finalidad de “contener” los efectos de ese periodo de la pandemia. No obstante, según el artículo 1 se indica que este permiso tampoco se aplica a las “personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios”. Por lo tanto, en relación a los empleados públicos parece que sólo será de aplicación a aquellos que desarrollan su trabajo en los servicios esenciales.

Además, hay que tener en cuenta que el teletrabajo no puede implantarse de forma inmediata, salvo cuando se trate de urgencias excepcionales como la de la pandemia. El teletrabajo para su implementación requiere de una “reorganización”, cuyo eje principal es, sin duda, la jornada de trabajo y mecanismos de control de la misma, la prevención de riesgos ... Y, a mayor abundamiento deben identificarse los gastos que se generan para ambas partes y, en su caso, consensuar los criterios sobre quién los asume y en qué situaciones.

Sin duda alguna mientras la pandemia continúe, el teletrabajo es una opción razonable que soluciona las inherentes limitaciones que derivan de aquélla.

Pero, GONZÁLEZ ORTEGA va más allá cuando afirma que cabe considerar el teletrabajo como potencial alternativa al trabajo presencial en el empleo público, en concreto, *“como la forma de prestar el trabajo, si no ordinaria, al menos muy generalizada, ampliamente extendida y afectando a un alto porcentaje del trabajo público”*.

Ante esta argumentación, repárese que en el Preámbulo del Real Decreto-ley 29 /2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia del teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la

crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 (RDL 29/2020, desde ahora): se establece que *“la prestación de servicio a distancia mediante la modalidad de teletrabajo no será considerada como ordinaria. La diversa naturaleza de los servicios a la ciudadanía que las distintas Administraciones Públicas tienen encomendados, y en aras a garantizar la prestación de los mismos, hace necesario determinar que la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo no pueda ser absoluta”*.

Esta afirmación debe ser entendida en el marco de cuál sea el carácter del concreto servicio público y de la eficiencia en la prestación de los mismos, y, obviamente sin afectación a la calidad ni a los derechos de la ciudadanía. En consecuencia, no puede interpretarse como el inicio de la generalización del teletrabajo en el empleo público, porque son tantos los puntos del entramado (interno, externo, social, constitucional) a los que afecta, que debe seguir siendo una excepción únicamente atendible ante una situación sobrevenida o según las circunstancias particulares de determinados empleados públicos cuando la naturaleza de las funciones asignadas al puesto de trabajo que ocupan lo permita.

### **3. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO: NUEVO EJEMPLO DE TRATAMIENTO CONJUNTO, UNA SINGULARIDAD QUE PUEDE LLEVAR A UNA DIVERSIDAD INJUSTIFICADA**

En materia de teletrabajo en el empleo público, el punto de partida se establece en el RDL 29/2020, una norma que modifica el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, a partir de ahora, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) añadiendo al mismo, un nuevo artículo, el 47 bis, cuyo contenido se dedica íntegramente al teletrabajo en el empleo público. Es en el apartado 5 del referido artículo, donde se alude al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, como consecuencia de lo establecido en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, en adelante RDL 28/2020, el cual regula el trabajo a distancia, y en particular el teletrabajo contenido en el derecho laboral, donde excluye de su ámbito subjetivo de aplicación al personal laboral que preste servicios en el sector público. No es la lógica habitual excluir al contratado laboral del empleo público de la regulación laboral, pero sí en este caso, como ocurre de forma puntual en algunas otras materias cuya regulación es conjunta (funcionarial – laboral) en el EBEP. En definitiva, se dibuja una regulación unitaria de la materia teletrabajo para ambos colectivos: funcionario público y contratado laboral, al igual que sucede en materia de prevención de riesgos laborales en cuyo ámbito subjetivo se incluye tanto a los funcionarios públicos como a los contratados laborales.

En este caso, el tratamiento conjunto más allá de justificarse por razón de la coexistencia física en el mismo espacio como sucede en el ámbito de prevención de riesgos laborales, se apoya en la necesidad previa que requiere la implantación del teletrabajo, imposible de obviar, de reorganización de funciones y modo de prestación de las mismas, junto con protocolos de relación interna-externa con los empleados públicos e instrumentos de control de la jornada pactada, entre otras cosas, que serán objeto de tratamiento más adelante. Así, con un tratamiento conjunto se favorece a una reorganización de carácter más integral en el ámbito administrativo de que se trate en cada caso.

También hay que tener en cuenta que el hecho de aplicar el mismo régimen jurídico previsto para los funcionarios públicos también a los contratados laborales de la Administración Pública, tiene repercusión constitucional. Las competencias de las Comunidades Autónomas, varían según la materia se incluya en el listado de competencias

exclusivas o compartidas, en cuyo caso, se amplían en cuanto a la regulación de las condiciones de trabajo puesto que, en materia de función pública, como dice el artículo 149.1. 18ª Constitución española “el Estado solamente tiene la competencia para establecer las bases de su régimen jurídico, ostentado las Comunidades Autónomas competencias tanto en cuanto al desarrollo normativo de esas bases como respecto de la regulación de todos los aspectos no básicos. Por lo tanto, afirma GONZÁLEZ ORTEGA, en el tema del teletrabajo, puede abarcar perfectamente todo lo relativo al mismo”.

En resumen, como indica GONZÁLEZ ORTEGA, *“de acuerdo con los Reales Decretos-leyes 28/20 y 29/20, una materia laboral, como son indudablemente las condiciones del personal laboral para la prestación de sus tareas mediante el teletrabajo, se extrae de la competencia exclusiva del Estado para abrirse a una regulación por parte de las propias Administraciones Públicas competentes en el ámbito de la función pública. Las cuales, sobre la base de esta declaración legal, generarán una regulación propia que, bajo el título de condiciones de prestación del servicio de los funcionarios públicos a través del teletrabajo, se aplicará a sujetos cuyo estatuto jurídico y sus condiciones de trabajo están constitucionalmente atribuidas a la regulación del Estado. Dicho de otra forma, con la previsión del EBEP, tales Administraciones Públicas abordarán mediante su competencia sobre función pública cuestiones a las que no tendrían acceso si no existiera esa delegación, por tratarse de cuestiones claramente laborales”*.

Es previsible que será más fácil que haya homogeneidad en el empleo privado en cuanto a las condiciones de prestación del teletrabajo, al tener como referencia obligada el amplio y detallado contenido del RDL 28/2020 (aplicable a contratados de empresas privadas), de ello alerta GONZÁLEZ ORTEGA. En cambio, la ausencia en el empleo público de un texto similar de carácter general provocará posiblemente que, en cada territorio, ámbito, organismo o empresa se apliquen normas que no necesariamente sean similares a las de otras Administraciones Públicas con competencia para emanarlas bajo el título de legislación de desarrollo de la función pública. Y también la negociación colectiva que se desarrolle en el empleo público, puede generar convenios o acuerdos muy diferentes entre sí y que llevarán a escenarios muy distintos cuyos afectados intentarán que se negocie siempre al alza, igualando por la franja de máximos. En consecuencia, en el empleo público, el ámbito de la negociación colectiva siempre más permeable que el legislativo, se acentuará debido a que la regulación que se contiene en el texto legislativo es excesivamente sintética, escasamente pormenorizado y sin apenas pautas.

Por ello, es factible que el único artículo aplicable al teletrabajo del empleo público (artículo 47 bis EBEP) cuando sea objeto de desarrollo o bien en el ejercicio de la negociación colectiva a la que remite el artículo 47.bis.2 EBEP, tomará como modelo lo establecido en el RDL 28/2020, ya que éste a diferencia de aquél, contiene un exhaustivo régimen jurídico de aplicación al teletrabajo implantado en la empresa privada.

También debe tenerse en cuenta que en la necesaria negociación colectiva de concreción y desarrollo de todo aquello que no se contempla en la mencionada normativa, en el tema de las medidas de reorganización – adaptación a la modalidad teletrabajo de prestación del trabajo, no se puede ni debe obviar que la mayor parte de este contenido se ubica en la denominada potestad de autoorganización de la Administración Pública, homóloga al poder de dirección reconocido en la empresa privada. Por ello, y en relación al “cómo” prestar la “modalidad” de teletrabajo, tendrá los mismos ítems que deben ser objeto de concreción, tanto en la vinculación jurídica de funcionario público como en la del contratado laboral, ambos empleados públicos, caracterización determinada por la naturaleza pública de la contraparte, en este caso una Administración Pública empleadora. En esta cuestión, será de interés, lo veremos más adelante, determinar “quién” será la persona más idónea en la organización pública para asumir el ejercicio de la potestad de autoorganización (directivo público profesional), así como elegir los instrumentos de gestión de los recursos humanos

en los que deberán articularse los acuerdos (plan de ordenación de recursos humanos, entre otros instrumentos genéricos habituales), así como dónde incluirlos para su implementación (relación de puestos de trabajo).

#### **4. EL MARCO JURÍDICO: ARTÍCULO ÚNICO (47 BIS DEL RDL 29/2020)**

A modo de punto de partida, en relación al único artículo que acomete una mínima regulación en el tema objeto de estudio, merece ser destacado: su carácter básico, y un contenido genérico – principal.

La regulación se aproxima al concepto de teletrabajo con términos muy similares al establecido para el contratado laboral de la empresa privada: el teletrabajo es una modalidad de prestación de los servicios que se desarrolla fuera de las dependencias de la Administración mediante el uso de las TIC, pero, en este caso, se subordina a la condición de que el contenido funcional del puesto de trabajo sea teletrabajable, esto es, que pueda desarrollarse de ese modo y siempre que las necesidades del servicio lo exijan, aconsejen o permitan.

En consecuencia, la objetivización ha de venir a través de la previa calificación de cada puesto de trabajo como teletrabajable o no, debiendo la Administración Pública, rechazar una petición en este sentido en caso de no darse esa compatibilidad. Y, no hay que olvidar que, en su caso, tal rechazo, tiene otra fuerte protección, cual es la exigencia obvia debido a la subordinación del interés de los empleados públicos al interés general. Y, a mayor abundamiento, no puede olvidarse la condición siempre presente en toda decisión en el sector público ante petición de un empleado público “cuando las necesidades del servicio público lo permitan”. Ello se traduce en un rechazo a la petición, cuando esta no tenga un efecto positivo en cuanto a la calidad de la prestación de tal servicio y no suponga, al menos, mantener el mismo nivel de eficiencia para la satisfacción del interés público.

En el teletrabajo del empleo público, la automaticidad no es la regla. Es contundente el artículo 47 bis, apartado 2 EBEP, al indicar que la aplicación del teletrabajo deberá ser autorizada por la entidad pública en virtud de la implicación de los intereses generales, lo cual significa que no es un derecho que el empleado público pueda exigir.

Avanzando en el régimen jurídico de mínimos del teletrabajo en el sector público, cabe preguntarse ¿La modalidad de teletrabajo puede ser completa o ha de ser parcial? A tenor del artículo 47 bis.2 EBEP, donde se indica que el teletrabajo deberá ser compatible con la modalidad presencial, se da respuesta a la pregunta: en el empleo público no cabe un teletrabajo absoluto, tal y como ya anticipaba el Preámbulo del RDL 29/20, sino que necesariamente ha de combinarse con el trabajo presencial. Pero, no hay mayor concreción, por lo tanto, en relación al detalle numérico o porcentual de la parte de la jornada en modalidad de teletrabajo, será misión de la normativa de desarrollo o de la propia negociación colectiva.

En consecuencia, en este tema cabe concluir que como el teletrabajo debe ser compatible con la modalidad presencial, los acuerdos lo que seguramente impongan es que no puede haber en el empleo público un teletrabajo absoluto que afecte al 100 por 100 de la jornada y de los días de trabajo, sino que necesariamente ha de ser un teletrabajo de disfrute parcial.

Por lo tanto, las líneas excesivamente generalistas del redactado, lleva a que una vez aceptado que el teletrabajo en el empleo público debe ser necesariamente parcial, destaca la falta de concreción en relación con los respectivos porcentajes que pueden establecerse. Se trata de un supuesto más que quedará al arbitrio de las normas de desarrollo o a los convenios

colectivos, instrumentos mediante los cuales se fijará dicho porcentaje, estableciendo, además, la identificación de la distribución por días o periodos más amplios.

En el propio EBEP se regulan los diferentes instrumentos de gestión de los empleados públicos, y llegados a este punto, adquiere especial interés destacar que la “relación de puestos de trabajo” será el documento principal que va a contemplar los cambios en el modo de la prestación laboral en cada uno de los puestos de trabajo que la integran, esto es, modalidad presencial o virtual mediante teletrabajo, concretando porcentajes del mismo sobre cuál sea la duración de la jornada también informada en la propia relación de puestos de trabajo.

La decisión de adoptar o no el teletrabajo como modalidad organizativa, es una competencia que recae en la contraparte empleadora, sea esta empresa de carácter privado o bien del sector público con la consecuente naturaleza pública, dado que no hay obligación alguna de ejercitarla (salvo en escenarios excepcionalísimos como los que vivimos por pandemia y que implican limitación de movimientos). Dicho esto, se confirma que no estamos ante una modalidad de prestación del trabajo que quede a elección del empleado, sea este público o privado, la posibilidad que le asiste se circunscribe a la petición.

El teletrabajo, por lo tanto, es un derecho subordinado que impide al empleado público imponer a la parte empleadora una forma de trabajo que no sea organizativamente posible, ni tampoco aquella que exija un esfuerzo técnico - organizativo que se considere desproporcionado y, en consecuencia, no razonable, y, además, en su conjunto injustificado, salvo al tratarse de la temática de algunos supuestos concretos previstos en la legislación, a destacar, la adaptación de la jornada y en las personas trabajadoras víctimas de la violencia de género o del terrorismo.

En resumen, la potestad de autoorganización del empleador público unida al parámetro constitucional del “interés general”, configuran los límites a la concesión de la eventual petición de la modalidad de teletrabajo por parte de un empleado público. Diferente escenario será aquél en el que el ente del sector público haya optado por un marco regulador muy definido o bien un contexto consecuencia de la negociación colectiva en el que se oferta la modalidad de teletrabajo con unas condiciones de aplicación a la totalidad de los empleados públicos, siempre en aquellos puestos de trabajo que se califiquen como teletrabajables en la relación de puestos de trabajo.

## **5. LA CARACTERIZACIÓN RELEVANTE: LA VOLUNTARIEDAD & LA REVERSIBILIDAD**

En el mismo apartado 2 del artículo 47 bis EBEP, se precisa a continuación que el teletrabajo será voluntario y reversible, salvo supuestos excepcionales debidamente justificados. Será diferente que mediante la negociación colectiva se establezca esa obligación, tanto del empleador como del empleado. Se trata de una voluntariedad “bilateral-garantizada”, solicitud del empleado a la que se suma la decisión del empleador aceptada por el empleado (GONZÁLEZ ORTEGA)

El tenor literal es claro: “*salvo supuestos excepcionales*”, dejando abierta la cuestión de precisar cuáles pueden ser esos supuestos excepcionales que impliquen la obligación de teletrabajar, esto es, situaciones similares a la actual de emergencia sanitaria. Aquí, además, la reversibilidad tampoco es voluntaria ya que antes no es posible; y, transcurridos esos supuestos excepcionales, cesa la causa de su obligatoriedad.

En definitiva, puede afirmarse con carácter general, que ni la Administración Pública puede imponer el teletrabajo ni el trabajador exigirlo.

En cuanto a la reversibilidad, implica la idea de que, en primer lugar, el teletrabajo no puede ser indefinido, salvo que incluya una condición que permita a una u otra parte desvincularse libremente a partir de una mínima duración, lo cual lleva a constatar su reversibilidad. El establecimiento de plazos o periodos mínimos de teletrabajo vinculante para ambas partes no implica más que una congelación temporal de la reversibilidad.

Todas estas cuestiones el artículo 47 bis EBEP las remite, tanto en lo referido al procedimiento de constatación de la voluntariedad como a la regulación de la reversibilidad, como en las anteriores cuestiones comentadas, a las normas reglamentarias de desarrollo del EBEP, en primer lugar, y, en segundo lugar, a los convenios colectivos. Es de todo punto aconsejable en aras de evitar conflictos, cumplir con la exigencia de que se establezcan criterios objetivos para el acceso al teletrabajo.

También es necesaria una alerta, según GONZÁLEZ ORTEGA, en clave de cuál sea el género de la mayoría de las personas que teletrabajan, pues, de ser mujeres, cualquier regulación que supusiera un peor tratamiento para los empleados teletrabajadores, podría ir más allá de la infracción legal, considerando ese comportamiento como lesivo del derecho fundamental a la no discriminación.

El artículo 47 bis EBEP dedica todo un apartado, el número 3, a los derechos y deberes de los teletrabajadores, tanto individuales como colectivos, de los que declara que deben ser tratados de igual forma que los empleados públicos presenciales que desarrollen tareas similares. A la concreción le corresponde establecer escenarios en aras de la prevención de conflictos.

En definitiva, todos los empleados públicos que desempeñen sus tareas como teletrabajadores tendrán los derechos reconocidos en el EBEP. Y, si son teletrabajadores sometidos a contrato de trabajo, también son titulares de los derechos que la normativa laboral les reconoce. Merece ser destacado el derecho a la desconexión digital que, además, está generalmente reconocido en todos los supuestos de teletrabajo como así lo establece el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales que se refiere tanto a los trabajadores asalariados como a los empleados públicos. En todo caso, todas estas materias, como otras ya tratadas, deberían ser abordadas por la norma reglamentaria o por la negociación colectiva.

## **6. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: UNA COMPLEJA ARTICULACIÓN**

El reiterado artículo 47 bis EBEP establece en su apartado tercero, una especial mención a la prevención de riesgos laborales. Se trata de una remisión en bloque a la normativa preventiva que regula el trabajo, tanto del sector privado como público, de los teletrabajadores.

Estamos, una vez más, en un supuesto en el que intervienen las normas reglamentarias o los convenios colectivos para trasladar, teniendo en cuenta específicamente el teletrabajo, todas las obligaciones empresariales en materia de prevención que se vean especialmente afectadas por esta modalidad de trabajo, tales como la seguridad de lugares e instalaciones, la higiene del ambiente de trabajo, el control en particular de los accidentes y enfermedades del trabajo propias o más frecuentes en el teletrabajo, la vigilancia de salud, etc.). De nuevo, factores que han de tener un apartado de relevancia sea de la específica norma reglamentaria, sea del convenio colectivo. Todo ello es extensible a la protección de la intimidad del trabajador, a la protección de datos, o a las facultades e instrumentos de control empresarial a distancia del trabajo.

La interconexión de esta amalgama de derechos encuadrables en el ámbito de la prevención de riesgos, no tiene una solución a fecha de hoy, sino al contrario se considera de compleja articulación y, desde luego, no exenta de dificultades e incluso de potenciales responsabilidades por parte de la concreta Administración Pública de que se trate, por la imposibilidad material de comprobación de la existencia y efectividad de las medidas en sede domiciliaria, o en algunos casos, ante la pretensión de distintas sedes para implementar el teletrabajo. Y, llegada esa situación, no será fácil arbitrar una solución ni tampoco paliar sus efectos ya producidos en el empleado público. En consecuencia, son cuestiones que deben ser tratadas bien sea en marco de desarrollo normativo o en la negociación colectiva, hasta ahora ignorado por falta de previsibilidad.

Las posibilidades de reclamación a la Administración concreta frente a lesiones posibles derivadas del trabajo desarrollado bajo la modalidad de teletrabajo pueden ser de gran impacto tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, sobre todo en el ámbito de riesgos psicosociales. El tema no es baladí

## **7. LA ASUNCIÓN DE GASTOS NECESARIOS PARA IMPLEMENTAR EL TELETRABAJO**

Ubicarnos en el apartado 4 del reiterado artículo del EBEP nos permite abordar esta cuestión: *“la Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad”*. Una interpretación rápida nos confirma que todo el gasto consecuencia del teletrabajo se asume por parte de la Administración Pública empleadora.

La cuestión, de nuevo, se sitúa en un terreno que requerirá regulación reglamentaria o convencional. En este caso se trata de gastos que no debe soportar el teletrabajador, y por tanto, es necesario establecer los mecanismos de determinación de estos gastos, así como la forma de pago o compensación de los mismos. La diversidad lleva a considerar una pluralidad de supuestos, desde la adaptación del lugar de trabajo, el establecimiento de medidas de seguridad, gasto de energía y también el coste de conexión de línea, entre otros.

El empleado se “aisla” en su domicilio para prestar su trabajo, y ello lo hace en el propio espacio personal, que en la mayoría de los casos es también el familiar. En España el tema vivienda es de alto coste independientemente de cuál sea el régimen de disfrute de la misma, arrendamiento o compra venta, lo cual lleva a una vivienda de dimensión media bastante baja. A todo ello hay que sumar la referida dificultad que supone la existencia de los efectos “distorsionadores” en materia de seguridad en el trabajo, así como la ausencia de relaciones interpersonales que, sin duda, afectarán a nivel psicosocial. Por lo tanto, el domicilio propio pasa a ser espacio polivalente donde lo profesional invade a lo personal-familiar, y en algunos casos, además, potencialmente supondrá una excesiva vinculación al instrumento informático, apelando, una vez más, a la necesidad de acotar los tiempos de trabajo.

Todo ello conlleva la necesidad de concretar el “cómo” se asume por la entidad concreta del sector público, una serie de gastos que hasta ahora asumía en el sí de sus instalaciones y que ahora se trasladan parcialmente al domicilio de la persona empleada. Un ejemplo más que requiere de la normativa de desarrollo para la concreción de estos nuevos parámetros cuantificables económicamente y otros de reorganización de espacios y servicios en los espacios que la entidad empleadora podrá optimizar, variando las condiciones de disfrute de los empleados públicos en el ámbito de la prestación de servicios (a modo de ejemplo, el cambio de espacio con uso privativo a otro de uso colectivo sin personalización de ningún tipo, ni del espacio ni tampoco del mobiliario ni informático).



En definitiva, los cambios deben ser de identificación de gastos, asunción de los mismos total o parcialmente por las partes, y a su vez evitando duplicidades lo cual supondrá reorganización en el espacio empresarial y conexos, siempre teniendo en cuenta la reversibilidad de la decisión.

## **8. LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS DEL EMPLEO PÚBLICO IDÓNEOS PARA “CONCRETAR” EL TELETRABAJO: RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO & PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS**

El EBEP a lo largo de su articulado diseña una batería de instrumentos para la gestión del empleo público, que permiten que esa gestión se implemente de acuerdo a los diversos principios constitucionales y legales que le afectan. Es una gestión a la que se exige mucha más transparencia – objetividad, que la que pueda ejercerse en el marco de la empresa privada, en tanto que es un derecho de todo ciudadano el acceso a la función pública y la promoción, junto con todo un elenco de derechos que reconoce el propio EBEP.

En este contexto, destaca, en primer lugar, la relación de puestos de trabajo (artículo 74 EBEP) a modo de “radiografía” los puestos de trabajo que será imprescindible que en la descripción conste si es un puesto de trabajo es teletrabajable, y, en su caso, el porcentaje del mismo. La relación de puestos de trabajo será el instrumento que con su naturaleza paccionada, tanto en el momento de la creación como en cualquiera de las posibles modificaciones que pueda acometerse, es el idóneo para esa necesaria concreción de aspectos aludidos.

Y, en segundo lugar, además de los tradicionales ámbitos negociadores (acuerdos colectivos ...) destaca otro instrumento, el plan de ordenación de recursos humanos (artículo 69 EBEP) de carácter potestativo, que tiene a favor su naturaleza paccionada y tratamiento conjunto de funcionarios y contratados laborales, al igual que hace el marco normativo del teletrabajo. Las medidas sobre las que puede versar su contenido se incluyen en una lista de carácter abierto, y ahí en el proceso de negociación que puede darse en el marco de ese instrumento cabe perfectamente la pormenorización de aspectos relacionados con el modo de teletrabajo.

## **9. LA PERSONA IDÓNEA PARA EL DISEÑO Y SEGUIMIENTO DE LA REORGANIZACIÓN NECESARIA PARA EL TELETRABAJO: EL DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL**

Cabe preguntarse sobre quién recae la gestión y seguimiento de la reorganización previa necesaria en el proceso de implantación del teletrabajo, esto es, cómo se implementa y quién o quiénes son los responsables de ello y del posterior seguimiento de verificación del cumplimiento de lo pactado.

En este punto, es donde adquiere un rol protagonista la figura del Directivo público profesional, cuyo reconocimiento legal viene de la mano del EBEP, pero la fecha de entrada en vigor (2007) dificulta la implementación ya que coincide con el período inicial de la crisis económica a la que el sector público no fue inmune, existiendo normativa de “emergencia” que llegó a producir extinciones contractuales en algunas Administraciones Públicas.

Si bien es cierto que no ha sido posible un avance significativo en la implantación de la figura, la mayoría de la legislación de desarrollo del EBEP ha optado por una aproximación

a ella mediante el diseño de un modelo jurídico en el marco de mínimos y carácter asistemático que establece el artículo 13 del EBEP.

En ese mínimo marco regulador está claro que las funciones directivas se sitúan en la denominada potestad de autoorganización y en ella cabe ubicar la “reorganización” necesaria ante el cambio de modalidad de prestación del trabajo en el tránsito de la presencialidad al teletrabajo parcial y en el seguimiento del mismo. Y, más aún, en los planes-objetivos de los que debe rendir resultados, que serán evaluables, puede incluirse el seguimiento de la implementación del proceso de cambio y la instauración del mismo, en el escenario de coexistencia mayor o menor, según porcentajes establecidos, con el trabajo en régimen de presencialidad.

Con ello se trataría de anuar la implementación de cambios organizativos, instaurar el teletrabajo en simultaneidad a la presencialidad, en el caso que nos ocupa, haciéndolo con el personal idóneo para dirigir el cambio y su seguimiento posterior, siendo además responsable de sus resultados, según se indica en el EBEP.

El Directivo público profesional podrá articular el proceso negociador sobre las concreciones del régimen jurídico del teletrabajo, a través del referido plan de ordenación de recursos humanos, de carácter paccionado y de ámbito subjetivo dual (funcionario público y contratado laboral) por la coincidencia de ambos caracteres con los del propio teletrabajo en el empleo público.

## 10. LA CONCRECIÓN DEL TELETRABAJO: QUO VADIS?

Hasta la fecha tenemos ejemplos de normativa de desarrollo, acuerdos... que contemplan la modalidad del teletrabajo y avanzan en las necesarias concreciones al respecto. Es en esta línea en la que se deberá seguir trabajando y también en el marco de cuestiones que van a abordarse como desarrollo de esta mínima normativa mediante los convenios y acuerdos colectivos o bien a través de un plan de ordenación de recursos humanos. Destacan, las líneas siguientes:

- a) Los criterios para determinar, los puestos a cubrir mediante el teletrabajo; y los que quedan excluidos. En este punto adquiere una especial relevancia el instrumento de gestión de los recursos humanos denominado “relación de puestos de trabajo”.
- b) La decisión del legislador en relación al teletrabajo en el empleo público ha sido impedir que el trabajo sea prestado en su totalidad en esta modalidad. En consecuencia, también habrá que establecer los porcentajes de jornada en teletrabajo y, en su caso, la distribución de la misma y los horarios.
- c) Los criterios de selección de los empleados públicos que soliciten desempeñar su trabajo bajo la forma de teletrabajo según porcentaje reconocido en cada caso, siempre de carácter objetivo en aras de evitar eventuales discriminaciones.
- d) Establecer un reparto equilibrado y razonable de los gastos derivados de la prestación laboral mediante teletrabajo, previa concreción de los mismos.
- e) Jornada, horario, tiempo de disponibilidad, descansos y control de los mismos, la tendencia ha de ser alcanzar un acuerdo lo más concreto posible.
- f) El repertorio y la identificación de los derechos y las condiciones de trabajo que pueden quedar afectadas por el teletrabajo, siendo temas recurrentes los de formación, jornada, prevención de riesgos, protección de datos ...
- g) La “condicionada” reversibilidad del teletrabajo en el empleo público, “necesidades organizativas o del servicio” que al tratarse de una Administración Pública, siempre es posible a decisión de la misma.

- h) La relación de puestos de trabajo, adquiere protagonismo en tanto que en la radiografía del puesto de trabajo constará si es teletrabajable y en qué porcentaje de la jornada.
- i) El plan de ordenación de recursos humanos puede erigirse en el documento idóneo para la concreción del régimen jurídico mínimo reconocido en el artículo 47 bis del EBEP: paccionado y ámbito subjetivo conjunto (funcionario público – contratado laboral)
- j) La persona idónea para liderar este proceso puede ser un Directivo público profesional, de ahí que en las normativas de desarrollo podría alentarse a contemplar esta función de gestión-seguimiento de la necesaria reorganización derivada de la instauración del teletrabajo.

A modo de cierre, lo más reciente que al respecto se ha conocido y destaca por novedoso, es la inclusión por parte del Gobierno, del teletrabajo en el empleo público para la Administración del Estado, en el plan de ahorro energético, con lo que supone retrasar la aprobación de la normativa, pendiente de negociar con los trabajadores.

Sin duda hay dos objeciones a este planteamiento ya que habiendo transcurrido dos años desde la entrada en vigor de la reiterada norma: ahorro energético ¿de quién? ¿de la Administración pública? Porque la energía es necesaria, o bien en el espacio profesional o bien en el domicilio del empleado público. En este último caso, se abre el debate de la asunción del coste, además de los costes de inversión y mantenimiento del instrumental que requiera en el domicilio del empleado público. Cierto es que cada día de teletrabajo supone reducción de desplazamientos con el consiguiente ahorro en combustible. Y, en segundo lugar, porque el retraso para la implementación de la concreción del número de días de teletrabajo en la Administración del Estado, está provocando, como ya se ha destacado, una desigual implantación de la modalidad del teletrabajo entre los diversos empleados públicos.

## **BONUS SALARIAL E IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO**

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad Carlos III de Madrid

### SUMARIO:

1. EN EL PRINCIPIO FUE LA DESIGUALDAD
2. EL BONUS EN EL BINOMIO SALARIO, PRODUCTIVIDAD
3. LOS RIESGOS DESIGUALITARIOS DEL BONUS
4. BONUS Y CORRESPONSABILIDAD EN LOS CUIDADOS FAMILIARES
5. VALORACIÓN FINAL

## 1. EN EL PRINCIPIO FUE LA DESIGUALDAD

Si hay un hecho incontestable de la historia es la desigualdad social y laboral entre hombres y mujeres, resultado de una división del trabajo universal que se pierde en la noche de los tiempos y que seguramente tenía todo el sentido evolutivo para nuestros antepasados, a los que no cabe juzgar con los criterios y valores de hoy<sup>1</sup>. Y si ello tiene relevancia para todavía recordarlo y para empezar con ello un breve estudio sobre las relaciones entre el llamado “bonus” y la igualdad entre mujeres y hombres, es porque esta desigualdad no es una curiosidad antigua sin impacto en la realidad contemporánea, sino que es algo importante y vivo, que sigue proyectando un legado de mucha entidad.

El derecho laboral nace y se desenvuelve durante muchas décadas en un contexto social y productivo de discriminación por razón de sexo, y hasta puede decirse que el pecado original, probablemente no culposo o al menos no culposo de manera particular, de esta rama del derecho es que la considerada primera normal laboral española es exactamente una norma que hoy calificaríamos sin dudar de discriminatoria, al establecer diferencias por el sexo de la persona, en este caso de menores de edad<sup>2</sup>. Dice De La Villa que “la opinión de que el derecho del trabajo fue creado para la mujer y el niño y en él ha venido después a refugiarse el hombre” es “inexacta”, aunque la frase sea “enormemente gráfica”<sup>3</sup>.

Esta diferenciación de las reglas y condiciones del trabajo afectantes a mujeres y hombres ha permanecido en diversos aspectos hasta hace muy, muy poco. Todavía en época reciente, el *Derecho del Trabajo* de Alonso Olea (1ª ed., 1971) dedica un tema, el 4, al trabajo de las mujeres, menores y extranjeros, sin dejar de anotar en él que “es notoria una tendencia a la igualación en el régimen del trabajo masculino y el femenino”, pero también que “la necesidad de reglas especiales puede tenerse por perenne, por la debilidad física comparativa de la mujer para trabajos de esfuerzo y por sus exigencias respecto al alumbramiento y crianza de los hijos”<sup>4</sup>.

No se piense que esta escueta observación atañe solo a España o a un tiempo de gris dictadura que por entonces se aproximaba a su fin. La Carta Social Europea de 1961 todavía establecía el derecho a una protección especial de las mujeres en su trabajo, prohibía para ellas trabajos como los peligrosos, penosos o insalubres o garantizaba para “las madres que crien a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo”.

Aunque “el principio del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor” figura literalmente en el Tratado de Paz de Versalles de 1919 (artículo 427) y aunque de 1951 data el Convenio de la OIT número 100 sobre igualdad de remuneración, puede afirmarse que el contexto de mediados del XX es todavía normativa y socialmente discriminatorio para las mujeres. Por ello, el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957), que establece la regla de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, es un hito de gran simbolismo, especialmente si se tiene en cuenta que es, en realidad, la primera disposición social del que hoy llamamos derecho comunitario o europeo. En la exacta reflexión de Durán López, “*que en un Tratado de preocupaciones fundamentalmente económicas, cuyas disposiciones sociales no pasan [...] de formulaciones genéricas, se dedique un precepto, que formula además un mandato concreto, a asegurar*

<sup>1</sup> Interesantes al respecto las reflexiones de los biólogos evolutivos Heying, H. y Weinstein, B., *A Hunter-Gatherer's Guide to the 21st Century. Evolution and the Challenges of Modern Life*, Swift, 2021, págs. 103 ss.

<sup>2</sup> Baste como ejemplo transcribir los artículos 2 y 3 de la Ley de 24 de julio de 1873 (Ley Benot): “No excederá de cinco horas cada día, en cualquier estación del año, el trabajo de los niños menores de 13, ni el de las niñas menores de 14”; “Tampoco excederá de ocho horas el trabajo de los jóvenes de 13 a 15 años, ni el de las jóvenes de 14 a 17”.

<sup>3</sup> De La Villa Gil, L.E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, p. 89.

<sup>4</sup> Alonso Olea, M., *Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho – Universidad de Madrid, 1971, págs. 37-38.

*el principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores de sexo masculino y los trabajadores de sexo femenino, puede, en efecto, parecer sorprendente*<sup>5</sup>. Se admite comúnmente que la inclusión de regla tan precisa nada menos que en un tratado internacional constitutivo de una organización como la CEE tiene como base más “la preocupación por la competencia económica” que un inexistente “fervor social” entre los redactores de aquel texto fundacional<sup>6</sup>.

La evolución desde entonces es de sobra conocida. En España, en particular, pueden distinguirse dos grandes etapas. Una primera que podríamos llamar “asimilacionista”<sup>7</sup>: desde la aprobación de la Constitución, toda discriminación por razón de sexo está vedada, y en los años 80 y 90 del pasado siglo se produce un importante proceso de depuración de normas, de convenios, de acuerdos y de prácticas, al tiempo que se producen avances relevantes en el plano de la conciliación de la vida laboral y familiar, que es una de las claves en este ámbito jurídico. Una segunda etapa que podríamos llamar “revisionista”: fundamentalmente ya en el siglo XXI, la legislación ha puesto más el acento en la igualdad real y efectiva, en revisar estados, sesgos y prácticas de una realidad pública y profesional androcéntrica, y no tanto en la discriminación o en el trato desigual, lo que ha permitido ampliar notablemente el foco que trata de iluminar el campo de las relaciones laborales y la distinta interacción de mujeres y hombres en él.

El objetivo de este breve trabajo es modesto dentro de esta extensa y vigorosa área de estudio. Se centra en el salario y, en particular, en el variable y, dentro de él, en una forma particular de remuneración que suele llamarse “bonus”. La denominación “bonus” no responde a un concepto jurídico definido. Puede enmarcarse en el impreciso artículo 26.3 ET, que menciona como posibles componentes de la estructura salarial los “complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa”. El bonus puede articularse, desde luego, en torno a la situación y resultados de la empresa (p.ej., lograr un concreto nivel de ventas a nivel de empresa, alcanzar determinado ebitda, etc.), pero también en torno a la idea del trabajo realizado (conseguir cierto volumen de clientela, etc.) o incluso de las condiciones personales del trabajador (formación, etc.). En realidad, este poco prescriptivo apartado del ET es de escasa utilidad en nuestro tema.

Adoptemos, por tanto, un concepto empresarial o sociológico de bonus para referirnos a aquellas formas de remuneración variable con las que la dirección de la empresa pretende conseguir uno o varios objetivos y que puede ser adaptado, normalmente en anualidades sucesivas, a diferentes coyunturas y contextos, pudiendo aquellos objetivos ser variados o dinámicos a lo largo del tiempo. La clave es, por tanto, que el bonus se liga a uno o más objetivos *preestablecidos*, es decir, establecidos con antelación al período de su devengo. Es cierto que la palabra bonus, tal y como se importa literalmente desde la lengua inglesa, se utiliza incluso en otras situaciones en las empresas españolas: p.ej, signing bonus, retention bonus, spot bonus, referral bonus, etc. En muchos de estos casos, la palabra “prima” (o incluso “premio”) podría servir para traducir la idea: prima de contratación o fichaje, prima de retención, premio discrecional, prima por referenciar, etc. De este modo, la palabra bonus se limitaría a designar el bonus normalmente anual (aunque nada impide otra periodificación) por la consecución de uno o más objetivos “preestablecidos” según el diseño contenido en el plan (unilateral o acordado) de bonus.

<sup>5</sup> Durán López, F., “La armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros de la CEE. Problemas, alternativas y soluciones”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, núm. 1 (1990), pág. 74.

<sup>6</sup> Durán López, F., *op.cit.*, pág. 75.

<sup>7</sup> Tomo el término de Lousada Arochena, J.F. (Coord.), *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 35.

## 2. EL BONUS EN EL BINOMIO SALARIO, PRODUCTIVIDAD

Si algo trata de alcanzar el bonus como fórmula remuneratoria es un mayor acercamiento entre salario y productividad que el que ofrece la parte fija del salario. El salario fijo tan solo se *aproxima* al valor real del trabajo, pues en un mismo grupo o nicho profesional hay personas con idéntico salario fijo que no producen el mismo valor bajo las mismas condiciones tecnológicas y organizativas: unas sobreproducen (están mejor formados, dedican más esfuerzo, etc.) y otras infraproducen (bien por falta de suficiente formación o por comportamientos oportunistas o “shirking” en la terminología inglesa de recursos humanos). Esta es una de las razones por las que cabe afirmar, tomando prestada la lapidaria frase de Mercader, que “la era del fijismo ha pasado”<sup>8</sup>.

De hecho, la ausencia de una bien diseñada retribución variable puede ser causa de desmotivación, especialmente entre los trabajadores más productivos. Hay que añadir también que, como apunta Todolí, un sistema salarial vinculado a la productividad “puede afectar negativamente tanto al sujeto infravalorado como al privilegiado”, por lo que es importante cuidar en su diseño la equidad y evitar la discriminación y la arbitrariedad<sup>9</sup>.

Desde una perspectiva empresarial, que, no hay que engañarse, es la perspectiva dominante en la innovación de las fórmulas salariales en las últimas tres décadas, tratar de acercar más la compensación al valor realmente aportado por el empleado e incrementar su productividad son objetivos estratégicos cuyo logro puede marcar la diferencia en el mercado; puede, en suma, elevar la competitividad de la empresa y sus posibilidades de supervivencia y éxito. La innovación salarial producida en los últimos años, por ejemplo, en el ámbito de las “start-ups”, que es impresionante, tiene justamente este sentido de incrementar las posibilidades de supervivencia y éxito en el medio plazo.

Acercar más la compensación al valor realmente aportado por el empleado e incrementar su productividad son gran parte del sentido de la ciencia de los recursos humanos, y una de las técnicas preferidas en este terreno es el salario variable<sup>10</sup>. El bonus, en particular, es un tipo de salario variable ampliamente utilizado en actividades u ocupaciones cuyo producto no es fácilmente medible, al contrario de lo que ocurre con sistemas de remuneración variable como el de “comisiones” o “incentivos” vinculados a aspectos más concretos y corrientes del tráfico empresarial. Su implantación en la práctica suele darse más en los niveles superiores (medio y alto) de las organizaciones, afectando especialmente a profesionales con niveles formativos relativamente elevados (directivos, managers, profesionales con titulación superior, etc.).

## 3. LOS RIESGOS DESIGUALITARIOS DEL BONUS

La implementación del bonus puede deberse a una pluralidad de razones. De este modo, “en función de cómo se configure, puede calificarse como sistema retributivo vinculado a la situación y resultados de la empresa [...] o como sistema de remuneración vinculado a la cantidad y calidad de trabajo de cada empleado”<sup>11</sup>. En efecto, el bonus puede responder a indicadores relativos a la empresa, al centro de trabajo, al departamento o división, al equipo y a la propia persona, individualmente considerada. El diseño de cada bonus puede poner el

<sup>8</sup> Mercader Uguina, J.R., *Salario y crisis económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 39. Una profundización histórica en el tema puede verse en Mercader Uguina, J.R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 159 ss.

<sup>9</sup> Todolí Signes, A., *Salario y productividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 41.

<sup>10</sup> No es este el lugar para extendernos en estas cuestiones, por lo que remito al lector a Todolí Signes, A., *Salario...*, cit., que dedica el Capítulo I a la naturaleza económica del salario.

<sup>11</sup> Mercader Uguina, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 529.

acento en unos u otros indicadores o directamente suprimir algunos de ellos y centrarse en otros. Además, el hecho de que el bonus tenga normalmente una cadencia temporal anual permite variar el peso relativo de cada indicador según las circunstancias o según lo que la dirección busque en cada momento o coyuntura. En suma, el bonus resulta un instrumento de política empresarial enormemente flexible tanto en su contenido estático (indicadores) como en su dinamismo temporal (posibilidad de variar los indicadores a lo largo del tiempo, adaptación a las coyunturas económico-empresariales). Además, el bonus suele provenir de la voluntad unilateral empresarial y los planes que la dirección empresarial emite para “regularlo”, fijando sus “términos y condiciones”, suelen subrayar el carácter discrecional de la concesión.

Es esta flexibilidad o maleabilidad del bonus, unida a la unilateralidad y discrecionalidad<sup>12</sup>, lo que lo hace especialmente sensible al análisis desde la perspectiva de la igualdad retributiva por razón de sexo. Existen estudios que muestran una mayor diferencia por sexo en el bonus que en la parte fija de la remuneración<sup>13 14 15</sup>. En efecto, las condiciones de acceso al bonus y, en particular, los objetivos individuales, de grupo o equipo, de empresa deben ser analizados desde esta perspectiva, como viene poniendo de manifiesto la práctica judicial, especialmente la de los últimos diez años, donde se aprecia una evolución muy relevante hacia una mayor consideración judicial de las circunstancias que penalizan más a las mujeres, pudiendo considerarse ya superada una aproximación más aparentemente objetiva, pero en realidad menos atenta a esas circunstancias, de pronunciamientos anteriores.

En este sentido, conviene distinguir dos tipos de objetivos en los planes de bonus: los objetivos individuales y los colectivos (de grupo, centro, empresa, etc.). En la práctica, pueden encontrarse planes que determinan tan solo objetivos individuales y planes que fijan tan solo objetivos colectivos. Pero también es posible encontrar planes mixtos, con una parte de objetivos individuales y otra parte de objetivos colectivos. En este último caso, las reflexiones que siguen pueden aplicarse de manera parcial a los distintos elementos del plan, según corresponda.

### 3.1. Igualdad y bonus de objetivos colectivos

En un bonus de objetivos colectivos, la cantidad que corresponda se devenga para todos los integrantes o miembros del colectivo, sea cual sea la definición de este o su perímetro

<sup>12</sup> Es fácil de suponer que en empresas pequeñas, poco burocratizadas o de gestión poco profesionalizada, la discrecionalidad mudará en arbitrariedad en no pocos casos. Evidencia anecdótica, pero evidencia al fin y al cabo, proporciona este hecho probado de la STSJ Madrid 1066/2014 de 13 noviembre: “Está además acreditado que la empresa cambió de puesto de trabajo a la actora tras su incorporación tras el primer parto y que desde entonces está en tratamiento psicológico por problemas laborales, así como que no se le ha vuelto a abonar el “bonus”, que sí han percibido todos los demás trabajadores sin justificación alguna, conducta ésta directamente imputable al presidente de la empresa, codemandado en este procedimiento, que unilateralmente decidía dicho abono así como su cuantía”. O este otro hecho probado de la STSJ Andalucía / Málaga 246/2018 de 14 febrero: “La empresa demandada no tiene establecido ningún sistema de fijación de incentivos, por lo que el abono de las cantidades a percibir por cada responsable de Departamento constituye una decisión unilateral y discrecional de la empresa a través del Gerente”.

<sup>13</sup> Por ejemplo, Grund, C., “Gender pay gaps among highly educated professionals — Compensation components do matter”, *Labour Economics*, vol. 34/2015, pp. 118-126. El estudio se centra en managers de empresas químicas alemanas. Un hallazgo interesante del estudio se expresa en los siguientes términos: “The gap is less pronounced for fixed salaries (0.15) compared to bonuses (0.46) or other payments (1.31). The larger differences for contingent payments are partly driven by larger shares of women who do not receive any bonus or any other payment. Whereas over 0.90 (0.60) of males receive positive bonus (other) payments, this is true only for 0.85 (0.45) of females. These raw gender pay gaps are not only prevalent at the mean but over the whole distribution of compensation”.

<sup>14</sup> Por ejemplo, Amado, C.A.F., et al., “Measuring and decomposing the gender pay gap: A new frontier Approach”, *European Journal of Operational Research*, núm. 271/2018, concluyen: “the gap tends to be larger for packages that involve a larger proportion of bonuses” (p. 372).

<sup>15</sup> Hirsch, B., Lentge, P., “Non-Base Compensation and the Gender Pay Gap”, IZA DP No. 14551/2021 encuentran: “Among managers, the contribution of bonuses to the mean gap more than doubles and is steadily rising as one moves up the wage distribution. Our findings suggest that gender differences in bonuses are an important contributor to the gender pay gap, particularly in top jobs”.



subjetivo. Ni que decir tiene que los criterios de definición del colectivo en ningún caso pueden incurrir en discriminación directa o indirecta. Sin embargo, van a suscitar problemas los casos de personas que no han prestado servicios la totalidad del período de referencia para el bonus o los de aquellas otras en reducción de jornada.

Resulta paradigmático en este sentido el caso resuelto por la SAN 34/2020 de 27 de abril (caso Fnac). Se enjuicia en él un plan de remuneración variable en el que “los objetivos colectivos son iguales para todo el personal del mismo departamento, y se individualiza en función de las horas trabajadas”. No se computan como horas trabajadas las siguientes: vacaciones, ausencias no justificadas, bajas por enfermedad común, excedencias, maternidad. En relación con el cómputo exclusivo de las horas trabajadas en situaciones de reducción de jornada por causas familiares, la sala estima que, con base en la propia regulación legal, la reducción de jornada “conlleva una disminución proporcional del salario”, por lo que si “quienes se encuentran en esta situación tienen unos objetivos también reducidos [...] no hay razón para apreciar discriminación alguna en la merma de la retribución variable”. En cambio, sí considera discriminatoria por razón de sexo la merma en el variable derivada del disfrute de permisos específicamente vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar, por su mayor impacto en el colectivo femenino.

Aunque la sentencia no versa exactamente sobre un bonus, es relevante el criterio que sienta la STS 589/2019 de 16 julio, que puede extenderse análogamente al bonus. La cuestión que se debate es si es ajustada a derecho la práctica empresarial de no computar como horas efectivamente trabajadas, a los efectos del devengo de un variable que depende de alcanzar 1200 horas de trabajo en el año, las ausencias al servicio de los controladores aéreos por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento. El TS distingue entre las ausencias que son estrictamente de la mujer y que además tienen carácter obligatorio (las seis semanas tras el parto, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia) y las demás, cuyo disfrute corresponde a mujeres y hombres. Respecto de las primeras, es rotunda la conclusión sobre que la práctica empresarial de no computar esas horas a efectos de este variable “supone una discriminación directa por maternidad”. Respecto de las demás ausencias, el TS alcanza la misma conclusión en el sentido de que las horas por ausencias tales como maternidad (10 semanas restantes) o paternidad deben ser computadas a los efectos del referido variable, y lo hace con base en una argumentación fundamentada en la normativa de conciliación de la vida laboral y familiar y su vinculación con la igualdad de género.

La cuestión de la “permanencia” o “presencia” del empleado durante el período de devengo del bonus puede entenderse resuelta en sentido favorable a los intereses de las personas que “concilian” a partir de la STS 27 mayo 2015 (Rec. 103/2014). Pero resuelta, como veremos, solo en parte. La cuestión debatida es si es lícita desde la perspectiva de la suspensión obligatoria de seis semanas tras el parto la exigencia de “presencia efectiva de los trabajadores para acceder a la retribución variable”, de modo que penalizan ese acceso “las ausencias autorizadas (excepto por vacaciones) de más de 30 días naturales en el año”, incluso aunque, como era el caso, “la empresa ajusta los objetivos y también la bonificación”. Pues bien, esta cuestión mereció “la respuesta negativa” del TS, es decir, la práctica que penaliza el descanso obligatorio postparto en orden al bonus es discriminatoria. En realidad, es evidente que están en peor condición las mujeres en orden al requisito de los 30 días naturales de ausencia, máxime en un entorno normativo como el de entonces en que no existía paridad normativa en la suspensión por nacimiento y cuidado de menor.

Se ha considerado discriminatoria, también, la práctica empresarial de reducir el bonus de una trabajadora por razón de su baja maternal, cuando se da la circunstancia de que el bonus es igual para todos los trabajadores “en función de unos objetivos globales de la empresa y no de unos objetivos particulares del trabajador”, por lo que el hecho de reducir

su importe por haber estado la trabajadora de baja por maternidad “supone de hecho una penalización de su condición femenina” (STSJ Madrid 967/2012 de 18 octubre).

De esta revisión jurisprudencial, parecen desprenderse algunas conclusiones, pero también algunas dudas.

Las conclusiones serían:

- 1ª) Las ausencias al trabajo por situaciones tales como maternidad/paternidad (nacimiento y cuidado de menor), lactancia, riesgo durante embarazo o riesgo durante lactancia o incluso los permisos de breve duración del artículo 37.3 ET no deben perjudicar la obtención de un bonus de objetivos colectivos. Si estos se han logrado, la contribución de la persona que se ha ausentado por estos motivos se presume *iuris et de iure*. No procede, por tanto, un abono proporcional, sino considerar que estas ausencias equivalen a período trabajado a los efectos del referido bonus.
- 2ª) En situaciones de reducción de jornada, es posible una reducción del bonus proporcional a la reducción de jornada. De este modo, no se aplicaría la presunción *iuris et de iure* de contribución a la consecución de los objetivos como si se tratara de una persona trabajando la totalidad de la jornada a tiempo completo.

Lo anterior no resuelve todas las dudas. Por ejemplo, ¿qué ocurre con la excedencia por cuidado de menor? ¿Aplicamos la conclusión primera? ¿O aplicamos la conclusión segunda? ¿Depende de la duración de la excedencia? ¿Y si la excedencia ocupa la totalidad de la anualidad de referencia o una gran parte? Parece razonable entender que si la persona no ha prestado servicios en ningún momento del año de referencia para el bonus, no le corresponde su percibo. Pero carecemos de reglas claras para situaciones intermedias en las que la excedencia haya ocupado, por ejemplo, la mitad del año o tres cuartas partes de él.

### 3.2. Igualdad y bonus de objetivos individuales

Respecto de los objetivos individuales, el punto de partida es que los objetivos deben ser idénticos para mujeres y hombres. Pero esta regla en apariencia simple (y formalmente lógica, igualitaria y asimilacionista) se torna problemática cuando más mujeres que hombres no logran alcanzarlos por razones que tienen que ver con la interrupción de la actividad o con la reducción de las horas de trabajo. No olvidemos que por mucha paridad normativa que exista en torno a las diversas fórmulas de conciliación de la vida laboral y familiar, lo cierto es que la utilización de muchas de estas fórmulas tiene en la realidad una preponderancia femenina inapelable.

Un caso paradigmático a este respecto es el resuelto por la STSJ Navarra 42/2011 de 11 de febrero. Se trata de una trabajadora que reclama su derecho a percibir determinada retribución variable vinculada a alcanzar un determinado nivel de facturación individual y un número absoluto de unidades (máquinas) vendidas. Como quiera que la trabajadora permaneció en baja por maternidad y en permiso de lactancia una buena parte del período anual en cuestión, la pretensión que deduce es la de que se le reduzcan proporcionalmente los objetivos asignados por facturación y venta de máquinas: es decir, que se tenga en cuenta para la fijación de tales objetivos los días efectivamente trabajados en el período anual considerado.

La resolución de instancia en este caso es representativa de esa línea argumental aparentemente objetiva, pero en realidad desconsiderada con las circunstancias que afectan más a las mujeres (en este caso, una suspensión por maternidad y un permiso de lactancia), al razonar que los objetivos anuales son iguales para todos, y que no se reducen en “supuestos similares, como puede ser la IT”. En suplicación, con mejor criterio, el TSJ

entiende que lo sucedido en este caso “atenta contra el principio de igualdad efectiva de hombres y mujeres, pues por razón del embarazo la trabajadora se ve de hecho efectivamente impedida en alcanzar los objetivos anuales de facturación y máquinas”; y se halla, además, “en notoria situación de desigualdad laboral con los demás trabajadores, que tienen una ventaja ponderada en sus retribuciones”. Para el tribunal, “la negativa de la empresa en corregir esta situación ha de interpretarse como atentatoria y denigratoria de la condición de la mujer trabajadora, sin que pueda admitirse el argumento de analogía con las situaciones de incapacidad temporal, que se alega por la contraparte y recoge la sentencia de instancia, porque parece obvio que la enfermedad no discrimina entre trabajadores pero el embarazo sí”. En suma, la empresa debió ajustar los objetivos para adecuarlos a la circunstancia que vivió la trabajadora en el año de su embarazo, maternidad y lactancia. No hacerlo es claramente una discriminación salarial en el bonus.

Para el supuesto de reducción de jornada, la STS 1240/2021 de 9 diciembre (caso Banco Santander) reconoce la importancia de ajustar los objetivos a la realidad del tiempo de trabajo; es decir, la consecución de los objetivos debe ser igual de difícil o fácil para un trabajador a jornada completa que para otro en jornada reducida. Algo que la empresa venía haciendo. Sin embargo, la pretensión sindical de que no se reduzca la cuantía o importe de la remuneración variable en la misma proporción no es estimada, con base en la regla general de reducción proporcional del salario en estos casos, sin distinguir entre fijo y variable. “Reducir objetivos, pero no la base salarial supondría una mejora significativa respecto a la previsión legal, que no es objeto del presente procedimiento, ni la literalidad del Plan permite presumirlo”, argumenta la sala.

Las conclusiones en este caso parecen más claras:

- Las ausencias al trabajo por nacimiento y cuidado del menor, lactancia y otros permisos vinculados a los cuidados o responsabilidades familiares no deben tener impacto negativo en el bonus en el sentido de que los objetivos han de adaptarse proporcionalmente para hacer posible su consecución por parte de las personas que concilian.
- La reducción de horas de trabajo por razones de conciliación debe llevar aparejada, también, una reducción de los objetivos, a fin de hacerlos alcanzables, pero nada impide que ello redunde en una menor cuantía de bonus, siempre que se respete la proporcionalidad.
- En ausencias más prolongadas, por ejemplo por excedencia por cuidado de hijo, debe regir la misma idea de proporcionalidad en los objetivos y en la cuantía de la remuneración variable.

#### **4. BONUS Y CORRESPONSABILIDAD EN LOS CUIDADOS FAMILIARES**

Uno de los logros más importantes en materia de igualdad es la equiparación normativa de hombres y mujeres en orden a las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. Con los límites que impone la biología, la igualdad normativa en materia de suspensiones, permisos o reducciones es un paso importante hacia la igualdad real. Cualquier medida que fomente la utilización real de los derechos de conciliación por parte de los varones debe considerarse positiva en este terreno. El bonus, como instrumento eficaz en manos de la dirección empresarial para incentivar o fomentar determinados comportamientos en la plantilla, puede ser especialmente útil.

La jurisprudencia se ha encargado de purgar algunos elementos de planes de bonus que producían precisamente un efecto negativo o contrario al objetivo que se acaba de exponer. El caso paradigmático es la STS 793/2020 de 23 septiembre (caso Banco Sabadell). La

demanda se fundamenta en el efecto negativo que tienen las ausencias por permiso de paternidad en el abono de los objetivos, entendiéndose que ello implica una discriminación para los en su mayoría varones que ejercen este derecho, disuadiendo de su utilización efectiva y provocando, a fin de cuentas, un impacto en el reparto igualitario de las cargas familiares (lo que llamamos corresponsabilidad). La defensa por el Banco demandado se articula en una pretendida diferenciación entre las prestaciones de maternidad y de paternidad, que “ni son identificables ni responden a las mismas necesidades”, por lo que su trato diferenciado a efectos del variable por objetivos no es discriminatorio. El tribunal considera que este trato diferenciado sí es discriminatorio, y no solo por la unificación conceptual que propugna de ambas suspensiones (maternidad y paternidad) en torno a la idea de “permiso parental”, sino sobre todo porque “late en el permiso por paternidad una finalidad específica, cuya importancia para la resolución de este caso se revela innegable, consistente en que su objeto es fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos”. Lo verdaderamente relevante de esta sentencia es que condena la regulación del bonus “en cuya virtud el abono de los objetivos se ve afectado, en mayor o menor medida, por las ausencias derivadas del permiso de paternidad”, por implicar “un claro desincentivo para el disfrute, total o parcial, del permiso de paternidad, lo que a la postre perpetúa la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, lo cual es, una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos”.

## 5. VALORACIÓN FINAL

Superada en países como España la fase histórica de discriminación directa por razón de sexo, los problemas jurídicos de la desigualdad deben abordarse desde diferentes perspectivas, sobre la base de que encuentra, al menos, tres raíces. La primera es el legado de la discriminación histórica de la mujer, especialmente aunque no solamente en el mercado de trabajo; este legado es de suma importancia, porque es el de un mundo androcéntrico en las esferas públicas y profesionales, con una división diferenciada de los trabajos, las tareas y las cargas de la vida. La segunda es la condición biológica que rodea a la maternidad / lactancia. Y la tercera es la diversidad psicofísica de hombres y mujeres<sup>16</sup>, que se manifiesta en una diferenciación clara de intereses y preferencias en la vida<sup>17</sup>.

Nuestro derecho ha alcanzado logros importantes en las dos primeras dimensiones, pero son avances todavía parciales. Centrándonos en nuestro objeto específico de análisis, la sujeción de la remuneración variable y, en particular el bonus, a determinadas limitaciones jurídicas (p.ej., obligación de preestablecer los objetivos, necesidad de comunicarlos a la plantilla, prohibición del arbitrio empresarial, etc.) contribuye a una mayor igualdad entre mujeres y hombres en un ámbito tradicionalmente caracterizado por la arbitrariedad y seguramente por sesgos conscientes o inconscientes de género. Las reglas de transparencia salarial reforzarán esta línea de actuación.

En la segunda dimensión, los avances normativos hacia la equiparación de mujeres y hombres frente a la realidad de los cuidados han logrado una casi total neutralización de las diferencias normativas, pero no desde luego de las diferencias reales. En el tema del bonus,

<sup>16</sup> Chapman, B.P., et al., “Gender Differences in Five Factor Model Personality Traits in an Elderly Cohort: Extension of Robust and Surprising Findings to an Older Generation”, *Personality and Individual Differences*, 43(6)/2007, pp. 1594-1603.

<sup>17</sup> Su, R., Rounds, J., Armstrong, P.I., “Men and things, women and people: a meta-analysis of sex differences in interests”, *Psychological Bulletin*, 135(6)/2009, pp. 859-884.

la jurisprudencia ha proporcionado criterios con los que sustentar una articulación del bonus más respetuosa con las ausencias y las reducciones de jornada debidas a tales cuidados. Quedan cuestiones por resolver, pero los avances son indudables.

Finalmente, la tercera dimensión es la que suscita mayores interrogantes, en mi opinión. A la postre, ni el legado de discriminación histórica, cultural (lo que en ocasiones se llama discriminación sistémica) ni la condición biológica son hechos elegidos libremente (aunque sí lo sea la maternidad y la lactancia natural, como es obvio), pero los intereses y las preferencias sí lo son, por lo que se alojan en la esfera sagrada de la autonomía individual, siempre que tales intereses y preferencias se persigan en libertad.

Es precisamente en los países donde las mujeres han alcanzado las mayores cotas de libertad (para ellas) probablemente de la historia humana, es decir en los países “más igualitarios”, donde surge lo que la literatura especializada ha denominado la paradoja de la igualdad de género: cuanto más libres son las mujeres para decidir sobre sus vidas y autodeterminarse, más se agrandan las diferencias de resultado en la comparación entre hombres y mujeres<sup>18</sup>. Los estudios sobre la diferenciación de intereses por sexo son concluyentes. Ello tiene varios impactos en el mercado de trabajo. Por ejemplo, en la llamada “segregación ocupacional u horizontal”. En un reciente estudio focalizado en la formación profesional en Suiza, se encontró que las aprendices tienden a elegir empleos orientados hacia el trabajo con personas, mientras que sus homólogos varones tienden a preferir empleos que implican trabajar con cosas. Y añade como conclusión este estudio que esta variable está entre los más importantes predictores de la segregación ocupacional por sexo<sup>19</sup>. Quizá haya que empezar a hablar no solo de segregación profesional (connotación negativa, realidad no querida), sino también de congregación profesional (realidad libremente querida), pues ambas reflejan parte de la verdad<sup>20</sup>.

La verdad es siempre compleja, y este tema lo demuestra sobradamente, porque el dimorfismo sexual de la especie conforma un poliedro con demasiadas caras: evolutiva, biológica, psicológica, social, cultural, económica, etc. El bonus va a seguir jugando un papel esencial en las estructuras retributivas, especialmente para lograr con él la atracción y retención del talento, algo de lo que en España no andamos sobrados. Las valoraciones de puestos supuestamente objetivas servirán en un sector del mercado de trabajo -el más expuesto a los riesgos de la digitalización y la robotización-, pero no servirán ni para atraer ni para retener el talento, cada vez más global y deslocalizado. Para estos nichos profesionales, lo que verdadera y realmente cuenta es precisamente una remuneración competitiva, un salario de mercado.

<sup>18</sup> Por ejemplo: “Finland excels in gender equality (World Economic Forum, 2015), its adolescent girls outperform boys in science literacy, and it ranks second in European educational performance (OECD, 2016b). With these high levels of educational performance and overall gender equality, Finland is poised to close the STEM gender gap. Yet, paradoxically, Finland has one of the world’s largest gender gaps in college degrees in STEM fields, and Norway and Sweden, also leading in gender-equality rankings, are not far behind. We will show that this pattern extends throughout the world, whereby the graduation gap in STEM increases with increasing levels of gender equality” (Stoet, G., Geary, D.C., “The Gender-Equality Paradox in Science, Technology, Engineering, and Mathematics Education”, *Psychological Science*, vol. 29(4)/2018, p. 581).

<sup>19</sup> Kuhn, A., Wolter, S.C., “Things versus People: Gender Differences in Vocational Interests and in Occupational Preferences”, IZA DP No. 13380 (2020).

<sup>20</sup> La idea de “congregación profesional” no es mía original, sino que está tomada de Flanagan, T., “Equal Pay for Work of Equal Value: Some Theoretical Criticisms”, *Canadian Public Policy / Analyse de Politiques*, Vol. 13, No. 4 (1987), p. 439.

**LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO  
Y SUS LÍMITES ANTE LAS NUEVAS, Y NO TAN NUEVAS, NECESIDADES  
EMPRESARIALES  
(LA VALORACIÓN MÁS RECIENTE DE LOS TRIBUNALES)**

MARÍA DEL SOL HERRAIZ MARTÍN

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

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN

2. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO: LA  
CONFUSA FRONTERA ENTRE EL PODER DE DIRECCIÓN ORDINARIO Y EL  
EXTRAORDINARIO DEL EMPRESARIO

## 1. INTRODUCCIÓN

Siendo la complejidad una de las notas características de la libertad de empresa, en este trabajo solo se abordará una de sus manifestaciones, la potestad del empresario de decidir la forma de organizar o adaptar los recursos productivos como medida de flexibilidad interna<sup>1</sup>. Ciertamente, las vastas facultades que conforman el poder de dirección empresarial permiten al empresario ajustar la prestación laboral enmarcada en un contrato de tracto sucesivo. Ahora bien, el ejercicio de dicho poder otorgado legislativamente debe respetar una serie de límites con el objetivo de proporcionar la necesaria racionalidad, equilibrio o ponderación de intereses en una relación jurídica en la que se muestra la supremacía de una de ellas<sup>2</sup>. Por este motivo, el propio mecanismo jurídico que ampara dicha supremacía, también la acota, evitando una arbitrariedad ejercida en nombre de las necesidades de la empresa<sup>3</sup>.

Siguiendo con esta breve reflexión, y adentrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, la plasmación legal del poder de dirección del empresario, como proyección de la libertad de empresa reconocida constitucionalmente en el art. 38, se limita a repetir la obediencia propuesta desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, reproducida posteriormente en la del año 1944<sup>4</sup>. Concretamente el Estatuto de los Trabajadores hace alusión a quienes prestan servicios “por cuenta ajena y dentro *del ámbito y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*” (art. 1.1) y, posteriormente, en su art.5 ET, apartado c) impone al empleado el deber de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. En la dirección apuntada, el art.20 ET dispone que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en que en éste delegue, y que en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, siempre, trabajador y empresario deberán someterse en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Sin duda, el cimiento de la facultad de alteración de las condiciones de trabajo es la propia causa del contrato de trabajo, es decir, la función económico-social que exige una capacidad de adecuación a las cambiantes necesidades organizativas empresariales (Cruz Villalón, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Madrid, MTSS, 1983, p. 122).

<sup>2</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Prueba ilícita y nulidad del despido”, en *La nueva regulación del trabajo a distancia, Revista de estudios sobre ciencias del trabajo y protección social*, Universidad de Sevilla, n. 2, 2021, pp. 21-22.

<sup>3</sup> Montoya Melgar, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 19.

<sup>4</sup> El art. 81 de la LCT de 1931 regulaba que “*es deber del trabajador atender en el trabajo a las órdenes e instrucciones del Director, dueño o encargados y representantes de éstos*”. Por otro lado, el art.69 de la LCT de 1944 rezaba de la siguiente forma: “*es deber del trabajador cumplir los reglamentos de trabajo, así como las órdenes e instrucciones del jefe de empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal de la misma que le asistan*”.

<sup>5</sup> *Vid.* STSJ Cataluña, 17 de diciembre 2013 (rec. 2528/2013).

## **2. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO: LA CONFUSA FRONTERA ENTRE EL PODER DE DIRECCIÓN ORDINARIO Y EL EXTRAORDINARIO DEL EMPRESARIO**

Según reza el art. 41 del ET, cuando existan probadas razones económicas, organizativas, técnicas o productivas, la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, teniendo la consideración de tales, entre otras, las modificaciones que afecten a las siguientes materias: jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, y funciones, cuando exceden de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de dicho Estatuto.

Existe una doctrina notable, tanto judicial como académica, en cuanto al carácter meramente ejemplificativo de la enumeración anteriormente transcrita, que puede evocarse sin necesidad de repetir en estos momentos porque no es el propósito de este trabajo y más adelante se volverá con esta cuestión. Por tanto, además de las condiciones enunciadas en el precepto objeto de estudio, cabría la posibilidad de que modificaciones de condiciones que no fueran las aludidas de forma expresa pudieran revestir el carácter de sustancial. Asimismo, se ha convenido que no todas las modificaciones de carácter incidental en las materias nominadas en el art. 41 del ET han de ser necesariamente sustanciales. En esta dirección, y siguiendo a la doctrina mayoritaria, el factor determinante de la calificación como sustancial de una determinada modificación no es el objeto de la misma, sino la entidad del cambio. Con ello quiere decirse que no a toda modificación de las condiciones de trabajo se le puede aplicar el régimen jurídico del artículo 41 ET, sino sólo a la que revista el carácter de “sustancial” porque adolezca de entidad notable. Y en orden a precisar el concepto jurídico indeterminado de la sustancialidad de una determinada modificación, habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal, e incluso de las eventuales compensaciones<sup>6</sup>.

Por tanto, para calificar una modificación como sustancial, el intérprete deberá adentrarse en la casuística tomando en consideración los elementos contextuales, así como la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados<sup>7</sup>. Solo las modificaciones que hayan sido calificadas como sustanciales, en definitiva, van a estar dentro de la esfera de regulación del art. 41 ET. Consecuentemente, las modificaciones accidentales, o que no revistan la relevancia aludida, pertenecen a la esfera de poder de dirección ordinario del empresario, quien, en uso de su facultad, puede concretar o especificar, sin causa alguna. Es decir, las meras modificaciones accidentales constituyen manifestaciones del poder de dirección ordinario del empresario o, también denominado por la mayoría de la doctrina, no por quien escribe estas líneas, ‘ius variandi’ empresarial. Estas categorías jurídico-formales han estudiadas doctrinalmente a lo largo del tiempo, por tanto, simplemente se recuerdan sin entrar en su estudio por motivos de espacio y porque sintetizar esa conocida doctrina no es el propósito en estas líneas<sup>8</sup>.

De todo lo expuesto, puede concluirse que el ordenamiento jurídico permite al empresario la implementación de modificaciones de la prestación de trabajo imponiendo

<sup>6</sup> *Vid.*, por todas, STS de 29 de noviembre de 2017 (rec. 23/2017). Más recientemente, STS 17 de junio 2021 (rec. 180/2019).

<sup>7</sup> STS 17 de junio 2021 (rec. 180/2019).

<sup>8</sup> *Vid.*, por todos, Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, op.cit., pp.84 y ss.



al trabajador obligaciones que exceden del puro objeto contractual. Para estos supuestos, en el concreto ámbito de nuestra disciplina, y a través de la vía ofrecida por el artículo 41 ET, el titular de la organización empresarial tiene en sus manos la posibilidad de quebrar el principio general del Derecho *pacta sunt servanda*, según el cual los contratos obligan a lo expresamente pactado (art. 1258 CC), y, por tanto, puede modificar, si bien con la concurrencia de causas justificativas tasadas legalmente y siguiendo una forma determinada, el contenido de la prestación de forma unilateral, pero sin que medie acuerdo novatorio entre las partes, que sería la solución apropiada desde el punto de vista civilista.

## 2.1. Modificaciones sustanciales: especial atención a la doctrina jurisprudencial sobre remuneración, jornada y percepciones extrasalariales

En el presente trabajo, cuya limitación de espacio es un requisito necesario, las siguientes líneas se centrarán en abordar, sin ánimo de exhaustividad, las modificaciones sustanciales realizadas unilateralmente por el empresario sobre las condiciones laborales que suscitan más litigios y mayor actualidad revisten debido a las nuevas necesidades de la empresa.

### 2.1.1. La rebaja salarial: límites jurisprudenciales

La Ley 3/2012<sup>9</sup> introdujo de forma expresa en el art. 41 ET la “cuantía salarial” como condición de trabajo susceptible de modificación. Ahora bien, el procedimiento recogido en el precepto únicamente es de aplicación si la cantidad que el trabajador recibe supera lo fijado en el convenio colectivo de carácter estatutario.<sup>10</sup> Por tanto, por una parte, si la condición salarial no es superior a la fijada convencionalmente, se encuentra recogida en el contrato de trabajo, acuerdo o pacto colectivo, es disfrutada en virtud de decisión unilateral del empresario de efectos colectivos o en un Convenio colectivo extraestatutario<sup>11</sup>, y, por otro lado, la rebaja es de carácter sustancial, la vía adecuada para proceder a su alteración es, preceptivamente, el cauce jurídico recogido en el 41 ET.

A estos efectos es importante recordar que la jurisprudencia ha apuntado que una medida de reducción directa del salario debe tener necesariamente como causa justificativa una de índole económica, es decir, de ahorro económico.<sup>12</sup> No la justifica, por tanto, ninguna de las otras tres causas legales. Además, en cuanto al ahorro económico, no basta argumentar la comparación de salarios en el sector como motivo que justifique una causa económica. Es decir, “*la reducción salarial no puede justificarse por la mera comparación con los salarios del sector, salvo en aquellos casos en los que se acredite*

<sup>9</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>10</sup> A partir de la reforma aludida, la inaplicación de la cuantía salarial recogida vía convenio colectivo del título III ET anida en el procedimiento del art. 82.3 ET, no en el regulado en el artículo objeto de comentario. Así lo advirtieron doctrina jurisprudencial y científica. En cuanto a la primera el Tribunal Supremo afirmó que “está clara la novedad que se produce en el primer aspecto, puesto que la redacción vigente no ofrece duda interpretativa alguna respecto de que el salario puede ser modificado a la baja por unilateral voluntad del empresario...; o lo que es igual, la exclusiva decisión empresarial únicamente alcanza -en lo que al salario se refiere- a las cuantías que el trabajador perciba como mejora del Convenio” (STS de 27 de enero de 2014, rec. 100/2013). En cuanto a la doctrina académica *vid.* García-Perrote Escartín, I, “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral”, en *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2021.1* (dir. García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J.R.), Lex Nova, Valladolid, 2012, p.277.

<sup>11</sup> STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2017, ECLI:ES:TSJBAL:2017:664.

<sup>12</sup> El resto, es decir, las causas productivas, técnicas u organizativas no pueden justificar una reducción directa del salario “aun cuando tal reducción pueda ser la de consecuencia indirecta de la medida adoptada (por ejemplo, por el cambio de contenido funcional de los puestos de trabajo que pueda dar lugar a la pérdida del derecho a percibir determinados complementos)” SAN, n. 149/2014, de 11 de septiembre de 2014.

*que esa diferencia origina problemas económicos relevantes para la empresa por afectar a su competitividad y penetración en el mercado, originando reducciones de ingresos o pérdidas*<sup>13</sup>. De esta forma, las diferencias salariales en el sector únicamente van a erigirse en causa económica que justifique un motivo económico que abra las puertas a la modificación sustancial si se revisten del calificativo “relevantes”.

Partiendo de esta premisa la casuística ha sido la protagonista y los propios tribunales los que han debido determinar la existencia, o no, de entidad suficiente en la modificación, bien para aplicar el art.41ET, o bien para defender que constituye una manifestación del poder de dirección ordinario empresarial en cuanto a condiciones salariales. Como ejemplo ilustrativo reciente del primer escenario sirva el cambio del sistema de remuneración de las comisiones por ventas, manifestado en una disminución notoria porcentual a percibir individualmente, como consecuencia del incremento del número de operarios beneficiarios de las mismas (al no variar el monto total a distribuir)<sup>14</sup>. Igualmente, el Tribunal Supremo, recientemente, durante el mes de marzo del presente año ha afirmado que el cambio en el sistema retributivo por incentivos debe seguir la vía establecida en el art. 41 ET: “La empresa implantó un nuevo método de cálculo de la retribución variable por objetivos que, en comparación con el vigente en el año precedente, implicaba romper el trato igual que en esa materia se venía dispensando a los trabajadores a jornada completa y a jornada parcial; así como alterar los tramos de logro de objetivos y del porcentaje a aplicar a cada tramo”<sup>15</sup>.

Por lo que respecta al segundo escenario, el Tribunal Supremo considera que no cabe calificar como modificación sustancial la alteración de los objetivos de venta a efectos de la retribución por incentivos para cuatro días concretos, en el marco de una campaña de ventas decisiva cuantitativa y cualitativamente<sup>16</sup>. Advierte lo siguiente: “la modificación operada en el sistema de fijación de objetivos a efectos del cálculo de la retribución por incentivos, a pesar de que podría comprenderse perfectamente en los apartados d) y e) del artículo 41 ET, no puede ser calificada como sustancial, habida cuenta de que con ella no se produce una transformación de ningún aspecto fundamental de la relación laboral, ya que no sólo es de escasa trascendencia sino que no afecta, decisivamente, a ninguna de las condiciones básicas del contrato ni a su propio objeto”. La escasa trascendencia, principalmente, deriva de la temporalidad porque es el factor que diferencia este supuesto del anterior, porque, si bien el art. 41ET no se exige vocación de permanencia como requisito en la modificación de las condiciones para apreciar la sustancialidad, lo es de facto.

### *2.1.2. La reducción de jornada: modificación sustancial versus novación contractual*

Otra modificación o adaptación de condiciones que ocasiona numerosos litigios es la referente a la jornada de trabajo. De nuevo la casuística vuelve a cobrar protagonismo, y

<sup>13</sup> SAN, n. 149/2014, de 11 de septiembre de 2014.

<sup>14</sup> STSJ Islas Baleares, 7 de febrero 2019, ECLI:ES:TSJBAL:2019:80. Literalmente, el Tribunal advirtió que “es cierto que la cantidad global destinada a comisiones sigue siendo la misma, 5,5% para las comisiones por ventas y 4,5 % para las comisiones especiales por ventas de excursiones nocturnas, ticket directo y excursiones a las otras islas. Sin embargo, al haberse modificado el modo de distribución de ese porcentaje entre los trabajadores, el personal afectado por el presente conflicto ha visto reducidas sus comisiones”

<sup>15</sup> STS 29 de marzo 2022 (rec. 96/2020).

<sup>16</sup> STS 5 de diciembre 2019 (rec. 135/2018).

el poder judicial debe afrontar el reto de valorar si la alteración de la jornada deja de ser accesoria, o no, para traspasar la frontera de la “sustancialidad”.

Con intención meramente recordatoria, la jornada puede modificarse a través del procedimiento de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) o mediante el cauce previsto para la inaplicación de convenios colectivos (art. 82.3 ET). La elección correcta, en principio, dependerá, exclusivamente, de que la modificación se realice sobre una regulación de jornada contractual o convencional (de carácter estatutario). Sin obviar a estos efectos que si la reducción de jornada solo busca ser implementada durante un tiempo determinado, es decir, sin vocación de permanencia, en los porcentajes de la jornada ordinaria entre el 10 y el 70%, el régimen jurídico de aplicación anidaría en el art. 47 ET<sup>17</sup>.

Junto a estas opciones legislativas no debe olvidarse que una reducción de jornada debería conllevar una novación contractual atendiendo al art. 12.4.e) ET. Y es que, en efecto, tradicionalmente se ha venido planteando a los Tribunales si la reducción de la jornada de trabajo produce la lógica mutación de los contratos a tiempo completo en trabajos a tiempo parcial o, por el contrario, se traduce en una mera reducción de jornada en un contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica. Para ofrecer una respuesta al interrogante planteado la jurisprudencia ha acudido, en primer lugar, al art. 12 ET, el cual especifica en su apartado 4.e) que “la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a)”. Por tanto, el propio legislador advierte que la imposición unilateral de jornada reducida no determina la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial si no existe la voluntad de ambas partes. Al mismo tiempo afirma que la conversión no puede imponerse como consecuencia de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. De forma que la específica modalidad del contrato a tiempo parcial únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva que, en todo caso, requiere de la voluntad concorde del trabajador<sup>18</sup>.

A estos efectos, el mismo precepto comienza aclarando que el contrato a tiempo parcial se entiende celebrado “cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”. Pues bien, hilando las dos afirmaciones legales, el problema devendría cuando la reducción de la jornada ordinaria se impone unilateralmente por el empresario en base a motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción. Ciertamente, en dicha situación el empleado trabajará menos horas que un trabajador a tiempo comparable y, por tanto, debería acceder de forma automática al campo de una novación contractual con la voluntad de ambas partes. En efecto, como argumentó GONZÁLEZ ORTEGA<sup>19</sup> “*debe partirse de la base de que la reducción de jornada es sustantivamente una conversión de un trabajo a tiempo completo en otro a*

---

<sup>17</sup> González Ortega, S., “Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, en *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales y del Real Decreto-ley 20/2012*. Directores García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J. Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 283- 316.

<sup>18</sup> González Ortega, S., “Suspensión del contrato...”, op. cit. p. 290.

<sup>19</sup> González Ortega, S., “Suspensión del contrato ...”, p. 290.

*tiempo parcial*”. Por tanto, el interrogante se centra en delimitar la posibilidad de reducir la jornada de trabajo sin incurrir en una novación contractual.

Realizando una interpretación literal del precepto, como sea advertido, la respuesta a la cuestión planteada sería negativa porque no se podría admitir una reducción de jornada de manera unilateral. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ya venía permitiendo la posibilidad de la reducción casuística a través del art. 41 ET. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de mayo de 2007 (rec. 85/2006) argumentó que *“la imposición unilateral de jornada reducida (con carácter individual o colectivo) e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador”*. Sería posible, pues, siguiendo esta teoría, que a través del art. 41 ET se produjera una disminución de la jornada de trabajo, con la consiguiente reducción del salario, sin incurrir en una novación contractual y, por tanto, ignorándose el propio art. 12.4.e) ET. En esta misma dirección se manifestó, por ejemplo, el TS en su Auto de 19 de febrero 2014 (rec. 2460/2014) abogando por una posible reducción de jornada sin novación contractual<sup>20</sup>. Esta teoría ha sido compartida por la doctrina judicial, la que ha venido entendiendo que el art. 41 ET no vulnera el art. 12.4.e) ET ante una reducción de jornada del 8%<sup>21</sup>, del 50<sup>22</sup> o, incluso, del 75%<sup>23</sup>. Igualmente, la STSJ de Andalucía de 5 junio 2014 declaró ajustada a derecho la reducción de la jornada de trabajo y salario en un 50%, con carácter permanente, por resolución de la alcaldía al cumplir todos los requisitos exigidos en el art. 41 ET<sup>24</sup>.

No obstante, la doctrina de los Tribunales no ha sido transparente y sigue siendo confusa porque en dirección opuesta a la señalada en el párrafo anterior se manifestó el Tribunal Supremo<sup>25</sup> y, en igual sentido, se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla defendiendo que la única vía oportuna para realizar una reducción jornada no era otra que la recogida en el art. 12.4.e) ET<sup>26</sup>. Más recientemente, debe destacarse la STS de 30 de mayo de 2018<sup>27</sup> donde se afirma la posibilidad de acudir al despido objetivo cuando el empresario no precise de la totalidad de la jornada de un trabajador a tiempo completo y éste se niegue a aceptar la modificación del contrato en otro a tiempo parcial. Advierte el Tribunal Supremo la licitud del despido objetivo sin

<sup>20</sup> Con anterioridad, el Auto del TS de 6 de marzo de 2013 (rec.2678/2012) seguía defendiendo que la vía oportuna para realizar una reducción de jornada sería el art. 12.4.e)ET.

<sup>21</sup> STSJ de Madrid de 25 de marzo de 2015 (rec. 195/2018).

<sup>22</sup> STSJ de Cantabria, de 9 de julio de 2019 (rec. 530/2019).

<sup>23</sup> SJS de Plasencia, Sección 3ª, de 29 de noviembre de 2018 (rec. 444/2018).

<sup>24</sup> La misma cuestión, y la misma teoría es aplicada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de octubre 2011 (rec. 144/2011), y más recientemente, por el TSJ de Andalucía, sentencia de 5 de junio 2014 (rec.553/2014), el TSJ de Madrid en su sentencia de 10 de julio 2015 (rec. 403/2015), y el TSJ de Castilla y León, Valladolid en su sentencia de 3 de septiembre 2015 (rec.1399/2015). Más recientemente, *vid.* STSJ de Cantabria, de 4 de octubre de 2021 (rec. 570/2021): reducción de jornada en más de un 25%, con horario partido.

<sup>25</sup> Auto de 6 de marzo de 2013 (rec.2678/2012).

<sup>26</sup> STSJ Sevilla de 20 de febrero de 2014 (rec. 1575/2013), Igualmente, *vid.* STS de 14 de mayo de 2007 (rec. 85/2006) y Auto del TS de 3 de marzo de 2020 (rec. 2340/2019).

<sup>27</sup> Rec. 2329/2016.

necesidad de efectuar antes una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del ET para adaptar la jornada a las reales necesidades empresariales.

### 2.1.3. *La alteración sustancial de percepciones extrasalariales: breve alusión a los aguinaldos y la propina*

Como se ha advertido anteriormente, las materias o condiciones laborales sobre las que se habilita la modificación sustancial de las condiciones de trabajo no se limitan a las recogidas en el art. 41 ET, tal y como ocurre en los descuelgues de convenio, sino que el listado recogido en dicho cuerpo normativo es un *numerus apertus*<sup>28</sup>.

Siguiendo el hilo conductor del trabajo, se hace precisa una breve alusión a la relevancia del derecho adquirido en todas las condiciones, pero, especialmente por los litigios que sigue generando en la actualidad, en las resoluciones acerca de las denominadas “cestas de Navidad”. En este sentido, y con relación también a la condición más beneficiosa consistente en la entrega de aguinaldos o cestas de navidad, se destaca la STS de 21 de abril de 2016. En ella se concluye que únicamente pueden suprimirse dichos aguinaldos mediante la suscripción de un pacto colectivo que sea más favorable o a través de la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, o pacto novatorio<sup>29</sup>. Ahora bien, en sentido contrario, entendiendo la inexistencia de un derecho adquirido, también la doctrina judicial ha reconocido que “no es preciso que se siga el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo si la empresa “puso en conocimiento del Comité ... que se suprimiría la cesta de Navidad, e incluso se llegó a un preacuerdo”, en el sentido de que a partir de la fecha de la firma del Acuerdo no se entregaría la cesta de Navidad<sup>30</sup>.

Recientemente, debe destacarse que la supresión unilateral por la empresa del derecho de los trabajadores a la percepción de propinas por parte de la clientela, es considerada jurisprudencialmente una modificación sustancial, “al ser la eliminación de esa ocasión de ganancia un cambio relevante, no tanto en su dimensión económica (siempre incierta) sino en aspectos atinentes al clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas honoríficas, terminando con una práctica bien conocida en el sector de hostelería y abortando la posibilidad de disfrutar del reconocimiento moral sobre la calidad o esmero en la tarea desempeñada<sup>31</sup>”.

## 2.2. La COVID-19 y la implementación de tecnologías: su proyección en la modificación sustancial de condiciones de trabajo

La irrupción de las nuevas tecnologías y la verdadera implementación del teletrabajo están provocando cambios en el sistema de las relaciones de trabajo que, como no podía ser de otra forma, se proyectan en la institución objeto de estudio.

A estos efectos, y conforme afirma la Audiencia Nacional<sup>32</sup>, en el marco del teletrabajo combinado con trabajo presencial, la implementación de un sistema de reparto semanal de puestos de trabajo a través de una aplicación informática (sistema denominado

<sup>28</sup> Mercader Uguina, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 555. Vid, igualmente, STS de 22 de junio de 2016 (rec. 399/2015) afirmando que “no toda modificación que puede ser sustancial aparece en ese listado; no todas las modificaciones de esas condiciones serán siempre sustanciales”.

<sup>29</sup> STSJ País Vasco de 26 marzo de 2019 (rec.2/2019)

<sup>30</sup> STSJ Madrid de 7 de febrero de 2014 (rec.1876/2013).

<sup>31</sup> STS 17 junio 2021 (rec. 180/2019).

<sup>32</sup> SAN 14 de julio 2021, ECLI:ES:AN:2021:3602.

“hot desk” -en el que el empleado no cuenta con una ubicación fija, de modo que debe reservar su puesto de trabajo a través de la citada aplicación-), no puede ser calificado como una modificación sustancial de condiciones de trabajo sobre el sistema de trabajo y rendimiento. El razonamiento se centra en que el nuevo criterio empresarial, por una parte, no afecta a las materias contempladas en el art. 41ET y, por otra, en la carencia de entidad suficiente para calificar la modificación como sustancial porque “responde a razones de eficacia y eficiencia organizativa para un mejor aprovechamiento de los recursos materiales que precisa la empresa para la ejecución de su fin empresarial”. En la sentencia se aporta una analogía para justificar la decisión: “ parece razonable, por ejemplo, que si en un edificio de cinco plantas acude personal de las distintas plantas pero que ocuparía en la práctica solamente dos, se utilicen efectivamente esas dos plantas con el sistema de asignación de puestos, evitándose así la utilización innecesaria de todas las plantas en cuestión con la consiguiente mejora en la gestión de algunos costes de la empresa (suministro eléctrico, mantenimiento, limpieza, etc.)”.

Igualmente, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 10 de noviembre del presente año<sup>33</sup> justifica que la determinación de los dos días de presencia semanal de los trabajadores en el centro de trabajo sea una decisión unilateral de la empresa porque “la presencialidad debe conjugarse imperativamente con las necesidades organizativas de la empresa, que se enmarcan en las facultades del poder de dirección previsto en el art. 20 ET así como con el control de la actividad”.

Para finalizar, se traerán a colación, sin ánimo de exhaustividad, las más destacables sentencias acerca de las alteraciones de condiciones durante la pandemia. Y es que, en situaciones de urgente necesidad, en las que deben primar la seguridad y salud de los trabajadores y, al mismo tiempo, cumplirse las actuaciones normativas marcadas por el Gobierno, tal y como sucedió en la crisis sanitaria por COVID-19, la cuestión que emerge es si la implementación de medidas que afectan a las condiciones de trabajo queda bajo el paraguas del poder de dirección ordinario o deben enmarcarse en el art. 41 ET.

No existe una posición unánime, aunque sí mayoritaria, en los tribunales respecto a la cuestión planteada. Por una parte, partiendo, como ya se ha advertido, de que la alteración de las percepciones extrasalariales no se encuentra excluida de la aplicación del art. 41 ET, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 18 de marzo de 2021<sup>34</sup>, afrontó una cuestión litigiosa originada por la COVID-19 debiendo pronunciarse acerca de si el poder de dirección ordinario empresarial se hacía extensivo hasta cubrir la posibilidad de eliminar el ticket-restaurante. La respuesta fue de carácter negativo porque, por una parte, la norma convencional venía siendo aplicada “desde siempre y pacíficamente” y, por otro lado, el perjuicio se mostraba evidente porque “se les eliminaba a los trabajadores el cheque de comida y se les suprimía tiempo de descanso”. Con estos argumentos, la Audiencia Nacional concluyó que el empresario no puede realizar modificaciones de carácter esencial de las condiciones de trabajo de forma arbitraria o injustificada y, por tanto, es precisa la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción atendiendo al art. 41.1 ET y con sujeción al procedimiento establecido en su párrafo 4 para eliminar el ticket restaurante (y el establecimiento de jornada continuada) alegando la situación COVID-19<sup>35</sup>. En esta misma dirección, el Tribunal Supremo declara nula la supresión de los tickets restaurante durante el lapso de confinamiento

<sup>33</sup> SAN 144/2022, 10 de noviembre.

<sup>34</sup> ECLI:ES:AN:2021:746.

<sup>35</sup> En igual sentido en cuanto a los tickets restaurante, *vid.* SAN de 9 de diciembre de 2020, ECLI:ES:AN:2020:3325.

adoptada unilateralmente por la empresa al tratarse de una ayuda que por acuerdo con los representantes se había integrado en la estructura retributiva, teniendo en cuenta su afectación masiva, la indeterminación inicial de la supresión y que la misma no es inocua económicamente<sup>36</sup>.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina judicial y jurisprudencial considera que las modificaciones de condiciones durante la época COVID-19 quedan amparadas por el *ius variandi* empresarial. En este sentido, sirvan como ejemplo sentencias que, brevemente, acto seguido, se traerán a colación. En primer lugar, y siguiendo un criterio cronológico, el TSJ de Madrid consideró no necesario seguir el procedimiento de modificación sustancial ante el cambio en los horarios y turnos de trabajo, incluyendo la no presencia en el lugar de trabajo<sup>37</sup>. Igualmente, la STSJ Madrid 25 de junio 2020<sup>38</sup> entiende que diversas medidas de carácter colectivo referentes a la organización y ordenación del trabajo temporales adoptadas unilateralmente por el empresario (Inditex-Zara) durante el confinamiento se enmarcan en el poder de dirección ordinario empresarial<sup>39</sup>. Un año más tarde, la Audiencia Nacional en su sentencia de 12 de mayo de 2021<sup>40</sup> resolvió el litigio originado porque la empresa estableció el desarrollo de la jornada en invierno en relación al uso del comedor, imponiendo el teletrabajo después de comer y obligando a los trabajadores a recuperar el tiempo de desplazamiento a sus domicilios durante el confinamiento. La respuesta al conflicto fue de carácter “coyuntural” aceptando que no es un supuesto en sede del art. 41 ET porque la temporalidad y las causas que motivan la aplicación de dichas medidas no revisten el rasgo de esencial<sup>41</sup>. Para finalizar, el Alto Tribunal también ha considerado que no puede calificarse sustancial la modificación consistente en una distribución irregular de jornada inferior a la aplicada con anterioridad a la pandemia<sup>42</sup>. Recientemente, en el mismo sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia 17 de marzo 2022<sup>43</sup> ha considerado que el aumento de la bolsa de horas disponibles, consecuencia de las desprogramaciones derivadas de la falta de actividad por la pandemia, tampoco puede considerarse cambio que deba enmarcarse en el art. 41 ET<sup>44</sup>.

En definitiva, podría concluirse señalando que las modificaciones de las condiciones de trabajo realizadas durante la COVID-19 han afectado, principalmente, al tiempo de trabajo. Concretamente, la alteración de condiciones de trabajo se ha centrado en reducciones de jornada, fijación de los períodos de vacaciones, recuperación de días de permiso, establecimiento de bolsa de horas recuperables o disminución de jornada irregular. Al mismo tiempo, y este es el factor más relevante que debe destacarse, las modificaciones no han sido calificadas en su inmensa mayoría como sustanciales, principalmente, debido a su carácter temporal, aunque no debe dejarse de lado el importante objetivo, igualmente, de proteger la seguridad y salud de los trabajadores con los cambios de condiciones realizados durante una época marcadamente excepcional.

---

<sup>36</sup> STS 18 noviembre 2021 (rec. 81/2021).

<sup>37</sup> STSJ Madrid 23 de julio 2020 (rec. 235/2020) y STSJ Asturias 10 de noviembre 2020 (rec. 1432/2020).

<sup>38</sup> Rec. 318/2020.

<sup>39</sup> Igualmente, STS 12 de mayo 2021 (rec. 164/2020), confirmando la STSJ Madrid 25 de junio 2020 (rec. 318/2020).

<sup>40</sup> ECLI:ES:AN:2021:1856.

<sup>41</sup> En igual dirección, SAN 28-10-2020, ECLI:ES:AN:2020:2967.

<sup>42</sup> STS 20 de octubre 2021 (rec. 128/2021).

<sup>43</sup> Rec. 279/2021.

<sup>44</sup> En igual dirección *vid* STS de 7 de abril de 2022 (rec. 52/2021).

**APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE TRABAJO DE DURACIÓN  
DETERMINADA COMO OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA  
PERSPECTIVA LEGAL<sup>1</sup>**

FERNANDO ELORZA GUERRERO

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

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA REFORMA DE 2021 DEL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA Y SU INCIDENCIA SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA MATERIA
3. CONCLUSIÓN

---

<sup>1</sup> El presente capítulo forma parte de la labor investigadora que se viene desarrollando en el marco del Proyecto I+D UPO-1380994 FEDER-Junta de Andalucía: ‘Bases jurídicas para la mejora de la estabilidad en el empleo de los trabajadores mayores de 45 años’.



## 1. INTRODUCCIÓN

El año 2021 ha conocido, como es sabido, una de las reformas laborales del régimen de la contratación laboral más ambiciosa desde la redacción del Estatuto de los Trabajadores en 1980. Sobre la misma la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha razonado que, dado que España encabezaba en los últimos años el ranking de la temporalidad laboral europea – con una diferencia porcentual de 12 puntos por encima de la media de la Unión Europea, resultaba oportuno, y necesario, proceder a la reducción de la misma mediante la simplificación de los tipos de contratos, la generalización de la contratación indefinida, y la devolución al contrato temporal de la causalidad que se corresponde con la duración limitada del mismo<sup>2</sup>.

En todo caso, no se pretende realizar en estos momentos un análisis en profundidad de la reforma del régimen de la contratación de duración determinada ejecutada en esta ocasión, y sí por el contrario efectuar una reflexión sobre un aspecto que considero importante para el éxito de una reforma como la presente, como es el papel reservado a la negociación colectiva en la concreción de determinados aspectos de dicho régimen legal. En este sentido, y con carácter general, conviene comenzar señalado que nuestro país no ha sido ajeno en estos años al debate sobre la función que la negociación colectiva ha de cumplir en la regulación del mercado de trabajo. De hecho, con ocasión de cada reforma laboral siempre ha resultado interesante interrogarse sobre las transformaciones que, en cada caso, ha podido registrar la relación ley-convenio, pues dicho modelo relacional aporta importantes pistas sobre la forma en que en nuestro país se construye y configura el modelo democrático de relaciones laborales, y su proximidad, o mayor distancia, respecto de los planteamientos más ultraliberales<sup>3</sup>.

En concreto, y por lo que respecta al tema que constituye el objeto de la presente reflexión, hay que comenzar advirtiendo que la relación material de la negociación colectiva con el régimen de la contratación laboral temporal, en cuando objeto negocial, ha tenido un carácter fluctuante. Así, y como evidencia de lo que señalo, cabe recordar que si a mediados de los noventa Rodríguez-Sañudo advertía<sup>4</sup>, en un interesante estudio en la materia, que sólo un número reducido de convenios colectivos habían explorado las posibilidades regulatorias que ofrecía el entonces vigente art. 15.1 a) ET – sobre la determinación por la negociación colectiva de los trabajos o tareas con sustantividad propia a efectos de proceder a la contratación de trabajadores por obra o servicio determinado -, en los años posteriores, en el presente siglo, los estudios realizados evidenciaban que las cláusulas convencionales al respecto eran mucho más frecuentes, sobre todo en el caso de los convenios colectivos sectoriales, y en particular en ciertos sectores como el de los

---

<sup>2</sup> Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE, núm. 313, de 30 de diciembre de 2021, p. 7, y que puede consultarse en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/12/28/32/con>).

<sup>3</sup> Como en su momento apreció, entre otros Rivero Lamas, J., “Los espacios de la ley, la negociación colectiva y el contrato de trabajo en la regulación de las condiciones de trabajo”, *Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 2, 1994, p. 111, el desarrollo de modelo de relaciones laborales “que sitúan en un segundo plano el papel de la Ley, ha sido consecuencia más de una carencia histórica, propiciada por un liberalismo radical en las relaciones económicas, que de una correcta valoración sobre el papel del Estado en la economía y en las relaciones laborales para proteger el interés general y, a través de él, el desarrollo de las empresas y la protección de los trabajadores”.

<sup>4</sup> Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Aportación de la negociación colectiva a la regulación de las modalidades de contratación”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1997, p. 171. Obvio cualquier referencia a la reforma del régimen de la contratación realizada en 2012 porque, como bien es conocido, la contratación laboral temporal, y sus distintas tipologías, no se vieron alteradas con ocasión de dicha reforma laboral (García Blasco, J., “La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo”, *Documentación Laboral*, núm. 95-96, 2012, p. 8).

servicios<sup>5</sup>. No obstante, ya entonces se advirtió de que la aproximación de la negociación colectiva al fenómeno del régimen contractual laboral acostumbraba a tener finalidades bastante concretas<sup>6</sup>, relacionadas con la identificación de los supuestos en que procedía la realización de contratos por obra o servicios determinados – en este punto los convenios afrontaban la tarea de pulir las imprecisiones de la ley en la materia, por otra parte deliberadas –, la fijación de la duración máxima de los contratos eventuales – atendiendo en esta ocasión a la remisión expresa realizada por la ley de la época –, o la indemnización a la finalización de los contratos temporales. Menos habitual era, sin embargo, la inserción de cláusulas limitativas de la contratación temporal excesiva o abusiva.

De cualquiera de las maneras, y dadas las limitaciones de espacio a las que debe sujetarse la presente reflexión, anticipo que el análisis que realizaré se concentrará en el tratamiento legal de la negociación colectiva en el caso del contrato de trabajo por circunstancias de la producción o por sustitución del trabajador (art. 15 ET), dejando para otro momento la consideración de otras modalidades contractuales temporales, como es el caso de los contratos formativos (art. 11 ET).

## **2. LA REFORMA DE 2021 DEL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA Y SU INCIDENCIA SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA MATERIA**

Identifica la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, no sin razón, el recurso a la contratación laboral temporal injustificada como “una práctica muy arraigada en nuestras relaciones laborales y generalizada por sectores, que genera ineficiencia e inestabilidad económica, además de una precariedad social inaceptable”. De hecho, y algo de esto ya he apuntado al principio de esta reflexión, los estudios estadísticos realizados señalaban que, en 2020, en nuestro país el 24% de los trabajadores desarrollaban su actividad bajo una modalidad contractual de carácter temporal, cuando la media europea se situaba en el 13,6%. Al mismo tiempo, las instituciones comunitarias venían desde hace años poniendo de manifiesto un conjunto de carencias que se apreciaban en el régimen de contratación laboral temporal<sup>7</sup>, en cuanto expresión de la transposición de la Directiva sobre el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo de duración determinada, que requerían más pronto que tarde la debida atención por parte de este país.

No es este desde luego el único objetivo de la presente reforma, pero sin duda, la modificación del régimen de la contratación laboral de carácter temporal bien puede considerarse el objetivo principal de la misma, desde el momento en que dicha acción legislativa pretende “un cambio en las prácticas y la propia cultura de las relaciones laborales [...] cambiando las normas que favorecen esta temporalidad por otras que impulsen la estabilidad en el empleo”. De hecho, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley refiere que la presente es una reforma que “camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos”, siendo la de 2012 el antecedente más inmediato. Así, la reforma contrapondría “la recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a las medidas de flexibilidad interna”, a lo que fueron los grandes principios

<sup>5</sup> Véase Sanguinetti Raymond, W., “Entre la liberalización y el control: la negociación colectiva sobre contratos temporales estructurales”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 188.

<sup>6</sup> Al respecto, véase Palomo Vélez, R. I., “El papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal en España y su eficacia”, *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, 2008, p. 99.

<sup>7</sup> Remito en este sentido, con carácter general, al análisis de Navarro Nieto, F., “El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada”, *Diario La Ley*, núm. 9441, 2019.

que inspiraron casi una década antes (2012) la acción reformadora del Gobierno de aquel entonces, sustentados sobre ideas como el reforzamiento del poder unilateral del empresario en la gestión de las condiciones de trabajo, la generalización del trabajo precario, la devaluación salarial o la limitación del poder contractual colectivo de los trabajadores<sup>8</sup>. El tiempo dirá si la reforma alcanza sus objetivos<sup>9</sup>.

Mientras tanto, resulta innegable que el panorama legislativo sobre la contratación laboral en nuestro país ha sufrido una transformación notable. Y partiendo de dicha realidad toca reflexionar sobre algunas claves de la misma, aunque sólo sea porque este régimen legal constituye el nuevo trasfondo sobre el que ha de desarrollarse la negociación colectiva en la materia.

Pues bien, desde la perspectiva que aquí interesa, creo importante resaltar las siguientes novedades. En primer lugar, hay que dar noticia de la supresión, por el Real Decreto-ley 32/2021, del contrato por obra o servicio determinado<sup>10</sup>, una operación que se enmarca en los esfuerzos legislativos tendentes a conseguir efectivamente que “el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras”.

La derogación de dicha modalidad contractual, que se opera mediante su eliminación del tenor del art. 15 ET, tiene lugar al tiempo que para dicha norma se recupera la fórmula legal establecida en la versión original del ET, y que textualmente rezaba, y reza: “El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido”. Con la recuperación de esta fórmula legal, al tiempo que la adopción de otras medidas complementarias, como la introducción de una cotización adicional, a pagar por el empresario, en el caso de los contratos de duración determinada inferior a 30 días, la reformulación de la tipificación de las infracciones administrativas relacionadas con este tipo de contratos, o la individualización de las infracciones – “se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas” -, y el incremento de las correspondientes sanciones, se pretende reafirmar la consideración del contrato de trabajo indefinido como la fórmula contractual ordinaria de nuestro mercado de trabajo. No ha de olvidarse, en este sentido, que la configuración jurídica del art. 15 ET, y en definitiva la ordenación de las relaciones entre el contrato de trabajo indefinido y los contratos de duración determinada, a lo largo de estos años, ha sido objeto de hasta doce modificaciones, en un devenir legislativo que nos habla del interés por contener, con mayor o menor intensidad dependiendo del momento histórico, el recurso sobre todo al contrato por obra o servicio determinado.

---

<sup>8</sup> Véase Sanguinetti Raymond, W., “Lectura y lectura de la reforma laboral de 2021”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022.

<sup>9</sup> En este sentido, Ruesga, S.M., y Viñas, A., “La reforma laboral de 2022 en perspectiva económica”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. 1, pp. 176 – 177, han puesto de manifiesto que el logro de una mayor eficiencia en el mercado de trabajo exige un incremento del nivel de productividad del trabajo. Especialmente interesante me resulta su advertencia de que mientras en el mercado de trabajo español persista la estrategia de ajuste salarial las disminuciones en la rotación por temporalidad formal se van a trasladar a una mayor rotación en otras formas contractuales que no supongan para las empresas aumentos de costes sustanciales. En definitiva, y sobre esto convendría reflexionar, consideran estos profesores que: “En última instancia caminamos hacia un modelo de “contrato único”, que no resuelve los problemas económicos de la intensa rotación laboral, sino que tan solo los transforma de modo formal, pero no efectivo”. Sin duda, esta es una reforma que incide sobre la demanda existente en el mercado de trabajo, pero como ellos mismos advierten, la efectiva transformación del mercado de trabajo español, y la contención de la intensa rotación laboral, exigiría adoptar otras medidas, de carácter no laboral, que, a su vez, incidan sobre la conformación de la oferta en este mercado.

<sup>10</sup> Para su estudio en otro momento queda la controvertida cuestión del alcance de los cambios que ha registrado el contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción, y que regulaba la Ley 32/2006. Al respecto, remito, entre otros, a Aragón Gómez, C., “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. extraordinario O (dedicado a la reforma laboral 2021), 2022, pp. 43 y ss.

La cuestión es que, como en algún caso ya se ha descrito de forma gráfica, “el contrato por obra o servicio determinados llegó a convertirse en el alter ego del contrato por tiempo indefinido”, de tal manera que la evidente antinomia entre una y otra modalidad contractual “no impidió que se percibieran ambos contratos como posibilidades alternativas, hasta de libre elección en virtud de las preferencias”<sup>11</sup>. En este sentido, la supresión del contrato fijo de obra, en el caso del sector de la construcción, tal y como lo conocíamos hasta el momento, constituye también un reflejo de una situación insatisfactoria por la que el legislador, con el beneplácito de los agentes sociales, decide acabar vía ley con ciertas prácticas negociales insatisfactorias.

En segundo lugar, la reforma legal practicada replantea la formulación jurídica de las causas que justificarán en adelante el recurso a las dos modalidades de contratos de duración determinada que perviven en el art. 15 ET: a) el contrato por circunstancias de la producción; b) el contrato para la sustitución de un trabajador.

En el caso del contrato por circunstancias de la producción, el legislador propone la existencia de dos modalidades: a) la que tiene su origen en “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1” – incluyéndose expresamente las que derivan de las vacaciones anuales<sup>12</sup> -; b) la que se justifica cuando concurren “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y limitada” en los términos previstos en la propia norma – por no más de noventa días en el año natural, y no de manera continuada -.

Por lo que respecta al contrato para la sustitución de un trabajador, su configuración jurídica no se ve alterada significativamente, más allá de su denominación<sup>13</sup>, manteniendo, por tanto, la lógica jurídica que tradicionalmente lo ha identificado como solución contractual idónea para dar respuesta a ciertas necesidades organizativas, identificadas ahora con: a) “la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo”; b) “completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampara en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo”; c) “la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo”.

En cualquier caso, y desde la perspectiva que aquí interesa, posiblemente el aspecto más significativo de la reforma tiene que ver con la modificación que se ha producido de las relaciones entre ley y convenio colectivo en esta materia. Si, por ejemplo, con la reforma de 1994 uno de los aspectos que destacaban en la misma era el significativo papel otorgado a la negociación colectiva en la configuración final del régimen de la contratación laboral temporal<sup>14</sup>, en el caso de la de 2021 hay que ser conscientes de que, pese a tratarse de una

<sup>11</sup> Cabero Morán, E., “La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022.

<sup>12</sup> Como se ha destacado desde un principio, la consideración de las vacaciones como causa lícita de contratación temporal no deja de ser una excepción a la regla general, respaldada también por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que negó en su momento la cobertura de vacaciones por esta vía, y que básicamente consiste en que las necesidades ordinarias de personal de carácter interno deben ser atendidas por el personal indefinido de la plantilla (Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 65).

<sup>13</sup> El cambio de denominación de este contrato - que de denominarse “contrato de interinidad” ha pasado a denominarse “contrato de sustitución” - ha sido criticada desde algunos ámbitos al estimar, no sin razón, que la misma no abarca todos los subtipos recogidos por el art. 15.3 ET, pues no en todos los supuestos contemplados puede hablarse propiamente de una “sustitución” (Navarro Nieto, F., “El contrato temporal de sustitución”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, p. 135).

<sup>14</sup> López Gandía, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 9, quien precisamente destaca cómo en esta materia, y en comparación con las regulaciones legales precedentes, “las relaciones entre ley y convenio colectivo se hacen ahora más complejas y diferenciadas”, llegando

reforma que es fruto del diálogo social tripartito – sindicatos, patronal, y Gobierno -, la misma se caracteriza por un reforzamiento de la imperatividad ex lege del régimen sobre contratación laboral temporal<sup>15</sup>, que se acompaña de una reducción, en cierta medida, del protagonismo de la negociación colectiva en esta materia, cuando no de un replanteamiento de los espacios donde la ley contempla la actuación de aquella.

Lo anterior es consecuencia no sólo de la consabida simplificación de las modalidades contractuales temporales, caso de la eliminación del referido contrato de trabajo para la realización de una obra o servicio determinado<sup>16</sup>, sino también de la modificación de los espacios en los que la ley ampara la participación activa de la negociación colectiva en la regulación de determinados aspectos del régimen de los contratos, y en definitiva del margen con que la misma puede contar tras el replanteamiento del régimen legal. No obstante, y antes de abordar las novedades y cambios significativos en los espacios reconocidos a la contratación laboral temporal, creo necesario comenzar por reseñar los aspectos que, desde esta perspectiva, no han registrado prácticamente cambios, en concreto:

- a) La “negociación colectiva” va a continuar siendo competente para establecer el medio por el que el empresario podrá comunicar a los trabajadores contratos temporales o de duración determinada la existencia de vacantes permanentes (art. 15.7 párrafo 1º ET).
- b) También, los “convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales” – art. 15.8 párrafo 3º ET, anteriormente art. 15.7 párrafo 3º ET -.
- c) Igualmente, los “convenios colectivos” podrán establecer “criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos” – art. 15.8 párrafo 2º ET, anteriormente art. 15.7 párrafo 2º ET en términos prácticamente similares -.
- d) Por último, en cuanto criterio legal a tener en cuenta por los “convenios colectivos”, el ET continúa afirmando que los mismos han de reconocer a los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada, cuando corresponda en atención a su naturaleza, los mismos derechos que a las personas con contratación indefinida, de manera proporcional, en función del tiempo trabajado – art. 15.6 ET -.

Vuelvo por tanto sobre la cuestión de las novedades registradas en relación con los espacios reconocidos a la autonomía colectiva, para comenzar destacando las siguientes:

- a) En el caso del contrato de trabajo por circunstancias de la producción la norma estatutaria contempla el que el “convenio colectivo de ámbito sectorial” pueda ampliar la duración máxima de este contrato hasta un año (art. 15.2 párrafo 3º ET).

incluso la ley a hacerse dispositiva en ocasiones - algo no habitual en materia de contratación laboral -, hasta el punto de que dicho jurista no puede evitar referir que parecería que el legislador pare considerar que “habría llegado ya el momento, incluso en las modalidades de contratación, de reconocer una cierta mayoría de edad a los sujetos colectivos para combinar tutelas garantistas con las nuevas exigencias del ciclo productivo”.

<sup>15</sup> Pastor Martínez, A., “La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET). Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 152, 2022, p. 26.

<sup>16</sup> Recuerdo que, por ejemplo, en el caso del contrato de obra o servicios determinados, hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, el ET contemplaba que por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, estos contratos podrían ver ampliada su duración hasta doce meses – alcanzando por tanto los veinticuatro meses – (art. 15.1 a) párrafo 1º ET); igualmente, la norma establecía que los convenios colectivos sectoriales estatales, y de ámbito inferior, incluidos en esta ocasión también los “convenios de empresa”, podrían identificar “aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”.

Si consideramos subsumido en gran parte en esta modalidad el hoy desaparecido contrato de trabajo por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, puede afirmarse que la norma legal ha operado un cambio en el papel a desempeñar por la negociación colectiva, pues en el caso de esta última modalidad contractual el ET reconocía al “convenio colectivo” la capacidad de determinar la actividades en las que podrían contratarse trabajadores eventuales, así como fijar los criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa –art. 15.1 b) párrafo 3º ET)–.

- b) Por lo que respecta al contrato de trabajo de sustitución hay que comenzar recordando que, con anterioridad a la reforma de 2021, el ET no realizaba ninguna invocación a la negociación colectiva cuando del contrato de interinidad se trataba –la interinidad es uno de los supuestos cubiertos por el vigente contrato de sustitución–. Sin embargo, ahora el art. 15.3 párrafo 3º ET sí contempla el que por “convenio colectivo” se pueda establecer una duración del contrato de trabajo inferior a los tres meses que, como duración máxima, contempla la propia ley. Adicionalmente, hay también que tener en cuenta el papel que indirectamente el ET otorga en esta ocasión al convenio colectivo, desde el momento en que el párrafo 2º de ese mismo apartado de la ley establece que el contrato de sustitución podrá concertarse para completar la jornada reducida por otra persona cuando dicha reducción se ampare no sólo en causas legalmente establecidas, sino también en las reguladas al efecto en “convenio colectivo”.

Pero posiblemente es el ámbito de lo que puede considerarse el régimen común a los contratos de duración determinada ex art. 15 ET donde podemos apreciar las principales novedades. Comienzo no obstante por resaltar una primera referencia legal que en el texto ha desaparecido, y que tiene que ver con el mandato legal contenido en el art. 15.5 párrafo 3º ET por el que la “negociación colectiva” debía establecer –textualmente se decía “establecerá”– “requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados en empresas de trabajo temporal”. La desaparición de esta previsión legal, que prácticamente revestía el carácter de mandato, no quiere decir que legislador hay bajado los brazos en la lucha contra el uso abusivo de los contratos de duración determinada. Simplemente ha modificado su visión de la forma en que considera que ha de abordarse la lucha contra el abuso en la contratación, otorgando mayor relevancia a la ley, y en este contexto se explica el que, como ya he señalado antes, junto al establecimiento de la presunción del contrato de trabajo como contrato indefinido –también la mayor concreción en que es posible el recurso a los contratos de duración determinada–, el legislador haya acompañado dicha previsión legal de una serie de disposiciones legales que en última instancia pretenden limitar el abuso en el uso de los referidos contratos de duración determinada: la introducción de una cotización adicional, a pagar por el empresario, en el caso de los contratos de duración determinada inferior a 30 días, la reformulación de la tipificación de las infracciones administrativas relacionadas con este tipo de contratos, o la individualización de las infracciones y el incremento de las correspondientes sanciones. Con todo, ello no significa que la negociación colectiva no pueda abordar en el futuro esta materia, puesto que, como sabemos, salvo el caso de las normas imperativas de derecho absoluto –lo que no es el caso– la autonomía colectiva se encuentra habilitada para abordar el régimen de la contratación laboral, con carácter general, siempre que respete los mínimos legales establecidos por la ley<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Como ha señalado Almendros González, M.A., “Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, p. 363, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una reserva material en la regulación de las condiciones de trabajo, ni a favor de la norma estatal, ni de la negociación colectiva.

Sí constituyen una novedad –eso sí, relativa en algún caso<sup>18</sup>–, por el contrario, las referencias legales contenidas en el art. 15.8 ET, y que identifican como cuestiones que podrán abordar los “convenios colectivos”, las siguientes:

- a) “Planes de reducción de la temporalidad”, que lógicamente entiendo que pueden incluir disposiciones que contengan, tanto el abuso en el recurso a la contratación de duración determinada, como limitativas de la utilización de estos contratos.
- b) “Criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa”, y que remite en última instancia a la idea que he expresado en el apartado anterior de que se espera de los convenios colectivos que adopten medidas para contener, aún existiendo todo un conjunto de disposiciones legales en la materia de obligado cumplimiento, el recurso a la contratación de duración determinada.
- c) “Porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas de incumplimiento de los mismos”, y que apunta en la dirección antes expuesta de luchar contra el abuso, o el uso que pueda considerarse excesivo, de estas modalidades contractuales.
- d) “Criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición”, y que, a diferencia de los criterios y porcentajes anteriores que pueden integrar perfectamente el contenido de los referidos planes de reducción de la temporalidad, se orientan a la gestión de la contratación de duración determinada.

Dejo para el final una cuestión que creo de especial interés, y que tiene que ver con las conexiones que se establecen entre los artículos 15, 11 y 16 ET como consecuencia del evidente interés del legislador por promover la estabilidad en el empleo de los trabajadores, más allá de la afirmación de la presunción como indefinidos de los contratos de trabajo (art. 15.1 ET). En efecto, como he señalado hace un instante, el ET tras la reforma de 2021 refiere que los convenios colectivos pueden establecer lo que identifica como “planes de reducción de la temporalidad”, y que esos mismos convenios pueden establecer criterios para la conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos. Sin embargo, sabemos que en nuestro mercado de trabajo la consecución de la estabilidad en el empleo no es fácil, y que éste es un bien por el que también pugnan los trabajadores titulares de contratos formativos. De hecho, el art. 11.6 ET refiere que en la “negociación colectiva” podrá establecerse “compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido”, por lo que una gestión coherente de la contratación indefinida aconsejaría poner en conexión las medidas y criterios que se adopten para promover la estabilidad referida tanto de los trabajadores vinculados a la empresa por contratos de duración determinada, como los que lo están en virtud de contratos formativos.

Pero es que también, y como he apuntado, conviene tener en cuenta que el art. 16.5 ET contempla el que los “convenios colectivos de ámbito sectorial” puedan establecer “una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua”. Compiten por tanto estos trabajadores por el mismo bien preciado, la estabilidad en el empleo –en este caso empleo efectivo, de forma continuada en el tiempo-, y por tanto,

---

<sup>18</sup> Como ha advertido Almendros González, M.A., “Las remisiones a la negociación colectiva...”, op. cit., p. 374, el establecimiento de medidas o planes para la reducción de la temporalidad, y para el fomento de la contratación indefinida, era algo ya habitual en el caso de ciertos convenios colectivos, algunos tan significativos, por el volumen de trabajadores al que afecta, como el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio (BOE 21 septiembre de 2018).

como he señalado antes, sería conveniente que las previsiones al respecto se establecieran en forma coherente con las medidas y criterios que se pacten para posibilitar el acceso a la condición de indefinidos tanto de los trabajadores con contratos de duración determinada, como de los sujetos a contratos formativos.

### 3. CONCLUSIÓN

Concluyo esta reflexión, como no podía ser de otra manera, dada la naturaleza de la obra en que se inserta este capítulo, refiriéndome a algunas de las reflexiones realizadas en su momento por Santiago González<sup>19</sup>, en relación con el orden público laboral, y que precisamente se encuentran contenidas en otro libro homenaje, en este caso a mi maestro Fermín Rodríguez-Sañudo. Pues bien, en aquella ocasión reflexionaba Santiago sobre este siempre difícil concepto, a efectos de su determinación, y ya advertía que precisamente por su carácter vago, impreciso y dinámico, el procedimiento para su identificación no podía ser sino indirecto, de forma que, partiendo de la “idea del interés general (como interés esencial de la sociedad, como valor superior y común, como principio clave de la organización social en relación con el específico ámbito laboral), dicho interés pueda concretarse en específicos valores o principios, la suma de los cuales da entidad y contenido a ese orden público laboral. Una relación de valores o de principios (a veces traducidos en normas y reglas) respecto de los que, de forma individualizada, hay que establecer y demostrar esa conexión con el interés general”. Establecido dicho concepto, procedió a concretar distintos componentes del referido orden público laboral, identificando entre los mismos al contrato de trabajo. Para justificar dicha apreciación señalaba que, “en la medida, pues, en que el contrato de trabajo es un tipo contractual que se basa en y expresa la desigualdad, el principio de protección del contratante débil se constituye en una parte esencial de la totalidad del ordenamiento laboral y, por ello mismo, del orden público laboral; que se manifiesta, además, no sólo de forma activa sino, sobre todo, de manera prohibitiva, limitando un principio básico (valor también en cuanto contenido del orden público laboral) como es la autonomía individual frente a su titular en situación de inferioridad mediante reglas impeditivas de la disposición incondicionada de derechos”.

De alguna manera, la reforma laboral de 2021, por lo que respecta al tratamiento de la contratación laboral temporal, es expresión de esta concepción del contrato de trabajo como elemento integrante del orden público laboral. De hecho, en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley en algún momento se plantea que dicha norma pretende “dar lugar a un marco normativo novedoso, descargado de lo que la práctica ha demostrado que no funciona, sobre el que sustentar un modelo de relaciones laborales más justo y eficaz”, señalando como uno de los motores de dicha reforma “la recuperación de los derechos laborales y su garantía”. En este contexto, y a efectos de “promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal” el legislador ha entendido – junto con los agentes sociales – que resultaba oportuna una intervención más incisiva de carácter legal que replanteara el espacio en el que puede desenvolverse la negociación colectiva, afirmando el protagonismo de la ley a la hora de fijar su régimen jurídico, en lugar de continuar dejando al albur de ésta la gestión ordinaria de la contratación temporal, vista la alta tasa de temporalidad y la elevada rotación laboral de nuestro mercado de trabajo, así como la necesidad de que este mercado ajuste más su comportamiento a las exigencias derivadas de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

<sup>19</sup> González Ortega, S., “El orden público laboral”, en González Ortega, S., García Murcia, J. y Elorza Guerrero, F. (Coords.), *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social (Libro homenaje al profesor Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez)*, CARL, Sevilla, 2011, p. 240.



Se dibuja, por tanto, un nuevo escenario al que la negociación colectiva deberá ajustar su dinámica de pactos y acuerdos, si bien, como en algún caso se ha señalado ya, se echa en falta una mayor implicación de esta negociación con la estabilización de los trabajadores, pues normalmente las invocaciones a la misma en la ley suelen tener un carácter opcional<sup>20</sup>, no obligando a los negociadores a comprometerse con el establecimiento de criterios y medidas que promuevan la conversión de los contratos de duración determinada en indefinidos. En este sentido, parece que se sigue asumiendo que la estabilización del personal es una cuestión que compete básicamente al legislador, y ello no debería ser así.

En todo caso, y desde la perspectiva del régimen de la negociación colectiva en materia de contratación de duración determinada, nuevamente hay que lamentar un tratamiento poco riguroso de las invocaciones a la misma<sup>21</sup>, pues si unas veces las remisiones se realizan a la “negociación colectiva”, en otros casos lo son a los “convenios colectivos”, o al “convenio colectivo sectorial”. De la misma manera, también hubiera sido interesante un tratamiento integrado del acceso de los trabajadores temporales, o que no tienen una vinculación indefinida, a dicha condición, de forma que en un único precepto se hubiera abordado la cuestión de la capacidad de los convenios colectivos para establecer criterios y medidas que favorezcan la estabilidad en el empleo.

---

<sup>20</sup> Almendros González, M.A., “Las remisiones a la negociación colectiva...”, op. cit., p. 375.

<sup>21</sup> No obstante, también hay que dar cuenta de la actuación, en aras de la seguridad jurídica, que ha supuesto la reforma del art. 84.2 d) ET por el posterior Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, donde a efectos de evitar futuros conflictos interpretativos, que pudieran cuestionar el protagonismo de los convenios colectivos sectoriales en materia de contratación, se ha eliminado la referencia a que los convenios colectivos de empresa tendrán prioridad aplicativa en relación a la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley “a los convenios colectivos”, sustituyéndola por una referencia explícita, que ya existía antes de la reforma de 2021, a los “convenios de empresa”.

# EL PODER DE DIRECCIÓN Y LOS ALGORITMOS<sup>1</sup>

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO<sup>2</sup>

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

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTO Y LÍMITES CLÁSICOS DEL PODER DE DIRECCIÓN EN LA EMPRESA
3. EL INCIPIENTE MARCO DE ACTUALIZACIÓN NORMATIVA
4. LA ORIENTACIÓN DE LAS NUEVAS PROPUESTAS
5. LA APORTACIÓN DE LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial”, PID2021-122537NB-100

<sup>2</sup> ORCID. 0000-0002-8149-8503

## 1. INTRODUCCIÓN

El impacto de la digitalización en el sistema de relaciones laborales está siendo objeto de una intensa atención por el iuslaboralismo español. Buen ejemplo de la afirmación previa es la temática que ha centrado los debates del XXXII Congreso de la AEDTSS, celebrado el presente año<sup>3</sup>, pero también el elevado número de estudios sobre la materia que han sido objeto de publicación en fechas recientes<sup>4</sup>. Los notables avances en las técnicas de recogida, tratamiento y análisis de datos mediante fórmulas algorítmicas o desarrollos de inteligencia artificial, permiten facilitar la adopción automatizada de decisiones de gestión empresarial, tanto en las empresas que se organizan en forma de plataformas digitales, como en las que se estructuran mediante fórmulas más tradicionales.

Si hace algunos años la distopía laboral se enunciaba en forma de empresa megadescentralizada, que no necesita contratar directamente a ninguna persona porque todas sus actividades han sido externalizadas, en la actualidad las amenazas futuristas tienen que ver con la posibilidad de eliminar el concurso de personas trabajadoras mediante la robotización de todas las tareas, pero también, y por lo que a este estudio interesa, con la eliminación del factor humano en el ejercicio por la empleadora del poder de dirección. Al margen de relatos más o menos apocalípticos, que se presentan mediante enunciados absolutos de difícil concreción práctica, la revolución digital en el ecosistema de la producción de bienes y servicios avanza rápida y progresivamente, y posee potencial suficiente para modificar de forma notable alguna de las instituciones sobre las que se ha construido nuestro sistema de relaciones laborales. Este pronóstico no es necesariamente incompatible con la posibilidad de garantizar, mediante la intervención legal y convencional, un proceso de transición justa, de manera similar, aunque es deseable un mayor grado de eficacia, a lo que ha venido ocurriendo con anteriores procesos de innovación tecnológica.

Constatada la radicalidad de los cambios en las formas de elaboración de bienes y servicios<sup>5</sup>, y sus efectos sobre el sistema de relaciones laborales<sup>6</sup>, es el turno de la actuación

<sup>3</sup> VV.AA., *Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.

<sup>4</sup> Álvarez Cuesta, H., “El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa” *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 42/2019; Baz Rodríguez, J. (dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España: vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*, Wolters Kluwer, 2021; Cruz Villalón, J., “El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales” en VV.AA. *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, 2020, Aranzadi, págs. 35-67; Domínguez Morales, A., “Digitalización de la economía y relaciones laborales: los derechos colectivos en el entorno de las plataformas”, en VV.AA. Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo, Sevilla, 2019; Dueñas Herrero, L.J. “The necessary recovery of social dialogue to address the regulation of the impact of new technologies on workers’ rights” e-Revista Internacional de la Protección Social, vol. 4, n.º. 2/2019, págs. 111-123; Gómez Gordillo, R., “Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 157/2021, págs. 161/182; Herraiz Martín, M.S., “El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 54/2019; Mercader Uguina, J.R., “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 63/2020; Pazos Pérez, A., *Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital*, Aranzadi, 2021. Sánchez-Girón Martínez, B., “El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico” *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Vol. 69, N.º. 1, 2021, págs. 39-47; Suárez Corujo, B., “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 141/2018, págs. 37-66; Terradillos Ormaechea, M.E., “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica” *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 42/2019; VV.AA. *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, Cincua, Fundación Primero de Mayo, 2022.

<sup>5</sup> Ginès i Fabrellas, A., “La gestión algorítmica del trabajo: Nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos”, en VV.AA. *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, pp. 295 y ss.

<sup>6</sup> O’Neil, C. *Weapons of Math Destruction, How Big Data increases inequality and threatens democracy*, Penguin Books, Reino Unido, 2016; Prassl, J. *Humans as a service. The promise and perils of work in the gig economy*, Oxford University Press, Nueva York, 2018.

de los agentes sociales, del legislador y de los tribunales dirigido a garantizar una adecuada distribución de los beneficios que aportan las tecnologías digitales, una minimización de los riesgos que se proyectan sobre los derechos fundamentales, en el trabajo y en otros ámbitos, y la reducción de los índices de desigualdad. La participación del legislador laboral y la acción del ejecutivo puede servir para promocionar cauces de entendimiento aceptables para todas las partes, mientras que su abstención favorecería un largo ciclo de conflictos laborales.

En un primer momento, la introducción de cambios tecnológicos suele generar resistencia entre las personas trabajadoras, para quienes resulta fácil presuponer una relación directa entre el incremento de la tecnología y la desaparición de puestos de trabajo<sup>7</sup>. Esta correlación forma parte también del imaginario de los medios de comunicación, que se afanan en anunciar sucesivamente catástrofes en términos de empleo asociadas a cambios tecnológicos. Frente a este fatalismo, conviene recordar que los sistemas de relaciones laborales son fruto de la revolución industrial y, desde lo albores de ésta, las transformaciones tecnológicas no se han detenido jamás, incrementándose el ritmo de avance de manera geométrica en los últimos decenios<sup>8</sup>.

Aunque no conviene minimizar la potencialidad que poseen las tecnologías digitales para vulnerar los derechos fundamentales específicos e inespecíficos de las personas que prestan servicio por cuenta ajena, tampoco resulta equilibrado ignorar los beneficios que pueden derivarse de su implantación, ni la existencia de instituciones de control en el ámbito laboral.

## 2. CONCEPTO Y LÍMITES CLÁSICOS DEL PODER DE DIRECCIÓN EN LA EMPRESA

### 2.1. La conceptualización tradicional del poder de dirección

Afirmar que el art. 38 CE es el fundamento constitucional del poder de dirección es un ejercicio aceptado por la doctrina laboralista de manera pacífica y unánime<sup>9</sup>. Sin embargo, el precepto de referencia se limita a reconocer la libertad de empresa, y encomienda a los poderes públicos la actividad de protección de su ejercicio, la defensa de la productividad, sin más limitaciones que las que se derivan de las “exigencias de la economía general” y, en su caso, de la “planificación económica”. Conviene recordar que la construcción doctrinal que da carta de naturaleza jurídica y legítima a la empleadora para asumir, de manera directa o delegada, la organización de la prestación de servicios de las personas que forman parte de la plantilla y de los recursos materiales e inmateriales que configuran la empresa precede al mandato constitucional<sup>10</sup>. De hecho, ya en los inicios de la ciencia iuslaboralista española, la discusión en torno al origen de la titularidad empresarial del poder de dirección se culminaba con dos afirmaciones de singular contenido y alcance. En primer lugar, se nominaba al ordenamiento legal como fuente próxima de la atribución de titularidades en este ámbito<sup>11</sup>;

<sup>7</sup> Para una revisión bibliográfica sobre los efectos de las transformaciones del capital tecnológico implementadas en occidente desde los años 80 del siglo pasado, vid. Cortazar, L. “Transformación digital y consecuencias para el empleo en España. Una revisión de la investigación reciente”, Iseak, 2018.

<sup>8</sup> Para un detallado estudio sobre el proceso de adaptación al cambio tecnológico en la pequeña empresa, vid. Álvarez del Cuvillo, A. “La adaptación de los trabajadores a los cambios tecnológicos en la pequeña empresa”, RCE nº 93/2008, págs. 3 a 51.

<sup>9</sup> Cruz Villalón, J. “Compendio de Derecho del Trabajo”, Tecnos, 14 edición, 2021, p. 212.

<sup>10</sup> Montoya Melgar, A. *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

<sup>11</sup> Olea Alonso, M. Prólogo al libro *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 5.

en segundo lugar, se indagaba sobre los motivos que impulsaban inexorablemente al legislador laboral a normar en tal sentido, para concluir que la norma legal reconoce la titularidad del poder de dirección a la empleadora porque “naturalmente lo exige el contrato de trabajo para el desarrollo ordenado de sus prestaciones, y porque naturalmente lo exige la empresa como institución para el cumplimiento de las actividades que le son propias”<sup>12</sup>.

En resumen, la doctrina clásica considera que existe una suerte de determinación natural que señala al empleador como titular del poder de dirección que el legislador, post o preconstitucional, ha positivado en distintos textos normativos. Esta actividad legislativa tiene como objeto legitimar y facilitar la tutela privada de los derechos y libertades del empresario, en defensa de sus intereses, en términos unilaterales y sin necesidad de acudir a los tribunales. La libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE blindaría, aun en ausencia de referencia expresa, la atribución a la empleadora de estos poderes, imprescindibles para el ejercicio de esta libertad en el marco de la relación laboral. Así ha sido también interpretado por nuestra jurisprudencia constitucional, cuando vincula la buena marcha de la empresa al reconocimiento de la titularidad de este derecho al empleador<sup>13</sup>.

En mi opinión, la atribución del poder de dirección, con o sin reconocimiento constitucional, es consecuencia lógica de la arquitectura del contrato de trabajo, en el que el elemento de la subordinación posee naturaleza esencial. La persona trabajadora se compromete a realizar la prestación de servicios integrándose personalmente bajo el ámbito de organización y dirección de la empleadora (art. 1.1 ET), afirmación que obviamente engendra un deber de obediencia diligente en la persona trabajadora (art. 5.b ET)<sup>14</sup>. Por ello, sin ejercicio efectivo del poder de dirección no existe relación de trabajo por cuenta ajena.

Ahora bien, más que hablar de poder de dirección en singular, conviene hacer uso de la forma plural porque el ejercicio de los poderes directivos se extiende a ámbitos regulados por distintas disciplinas jurídicas (civil, mercantil, fiscal o administrativa) que otorgan al titular de la empresa, de la manera más adecuada en atención a la forma jurídica adoptada por ésta, la facultad para ejercitar tales poderes<sup>15</sup>. La libertad de empresa se expresa en términos similares que el derecho de propiedad, de forma que la norma legal reconoce a la persona propietaria los poderes que permiten ejercer el pleno dominio sobre la cosa en términos muy amplios. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de propiedad y con las transacciones civiles o mercantiles realizadas por el empleador, cuando el ejercicio de estos poderes se proyecta sobre el ámbito laboral deben introducirse nuevos elementos de convicción en nuestro relato. En la medida en que el trabajo no es una mercancía y la prestación de trabajo tiene carácter personalísimo, los poderes de dirección deben ser objeto de la pertinente modulación cuando se ejercen en el plano laboral. Por esta razón, corresponde al legislador ordinario establecer un marco jurídico que permita, en el seno de la empresa, una distribución del poder de dirección respetuosa con el conjunto del texto constitucional, incluyendo el contenido de los arts. 37 y 129.2 CE.

De manera similar a lo que sucede con el resto de derechos y libertades reconocidos en nuestra Carta Magna, corresponde al legislador ordinario desarrollar y fijar los límites del ejercicio del poder de dirección, y garantizar los derechos de participación de las personas trabajadoras en la empresa. Al límite, las normas que configuran el derecho del trabajo tienen la ambivalente finalidad de garantizar el poder de dirección del empleador y de reducir su extensión e intensidad. Si el poder de dirección del empleador se materializa, básicamente, sobre la determinación del contenido de la prestación laboral (poderes

<sup>12</sup> Olea Alonso, M. Prólogo al libro *El poder de dirección del empresario*, op. cit., p. 6.

<sup>13</sup> SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 241/2012, de 17 de diciembre; 39/2016, de 3 de marzo.

<sup>14</sup> Cruz Villalón, J. “Compendio...”, op. cit., p. 212.

<sup>15</sup> Cruz Villalón, J. “Compendio...”, op. cit., p. 212.

directivos), sobre su adecuada ejecución (poderes de vigilancia y control), y sobre la punición de los incumplimientos contractuales (poderes disciplinarios), tanto la norma legal como las normas convencionales sirven al objetivo de promocionar o materializar fórmulas de compartición del ejercicio de estos poderes con las personas trabajadoras o sus representantes. La intensidad con la que se manifiestan las exigencias legales de participación, mediante procedimientos de información, consulta o participación suele ser directamente proporcional al nivel de excepcionalidad con el que se manifiesta el poder de dirección. En concreto, ordinariamente, el poder de dirección se manifiesta mediante decisiones unilaterales, de carácter discrecional, que no arbitrarias, temporales, materializadas previa notificación; por el contrario, las manifestaciones de carácter extraordinario de este poder suelen exigir la concurrencia de una justa causa, normalmente tasada, tienen carácter permanente y son materializadas mediante procedimientos de consulta o negociación.

## 2.2. Los límites jurídicos al poder de dirección

El ejercicio regular del poder empresarial es incompatible con los rasgos generales de la antijuricidad<sup>16</sup>. En primer lugar, la empresa debe ejercer estos poderes con respeto a los a las exigencias de buena fe, principio que, afectando al conjunto de los negocios jurídicos, posee una traducción específica en el ámbito de la libertad de empresa. La protección de la productividad y de la competitividad, que la norma constitucional encomienda a los poderes públicos, incide en este apartado de manera directa, para requerir a la empresa una cierta racionalidad en la toma de decisiones. De esta manera, la justificación del blindaje constitucional de este poder señala también los objetivos que deben conducir la acción empresarial. Bien es cierto que, en términos positivos, resulta jurídicamente complejo evaluar a priori si las decisiones empresariales cumplen o no este requisito; por el contrario, este principio resulta enormemente útil para identificar y rechazar decisiones empresariales de carácter arbitrario, carentes de legítima finalidad. Por tanto, también en el ámbito laboral, cobra protagonismo el art. 7 del Código Civil que combate la mala fe y el abuso en el ejercicio de los derechos. Por su parte, los arts. 4 y 5 ET categorizan los derechos básicos de las personas trabajadoras y establecen límites a las obligaciones que pueden asumir, mientras que el art. 20 relaciona la colaboración de las personas trabajadoras con la buena fe y el ejercicio regular del poder de dirección excluyendo, interpretado en sentido contrario, toda obligación de acatar instrucciones irregulares o presididas por la mala fe.

En segundo lugar, el ejercicio del poder de dirección debe respetar los derechos fundamentales y la prohibición de discriminación. En este sentido, el art. 17 ET declara la nulidad de las decisiones de la empleadora que den lugar a discriminaciones directas e indirectas, prescripción reforzada por la Ley Orgánica de Igualdad<sup>17</sup>, cuyos arts. 3 y 5 prohíben toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, en el ámbito del empleo público y privado y, especialmente, “las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”. Por su parte, la construcción doctrinal sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados arranca en el ámbito laboral en nuestro país con la STC 38/1981, de 23 de septiembre, a partir de la cual se generaliza el criterio según el cual el poder de dirección empresarial queda limitado y condicionado también por el respeto del “conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos constitucionalmente”<sup>18</sup>. Dicho lo anterior, no conviene olvidar que el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales no se despliega con la misma intensidad que en otras actividades humanas, pues debe modularse

<sup>16</sup> Sobre esta materia, vid. Luque Parra, M., *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999; Cruz Villalón, J. op. cit. p. 216 y ss.

<sup>17</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo).

<sup>18</sup> STC 88/1985, de 19 de julio.

en atención a los fines de la empresa, para hacerlos compatibles con el ejercicio de la libertad de empresa. Por lo que interesa al presente trabajo, las decisiones de la empleadora que puedan incidir en la esfera de los derechos fundamentales de la persona trabajadora deberán superar el triple juicio de proporcionalidad<sup>19</sup>.

### 3. EL INCIPIENTE MARCO DE ACTUALIZACIÓN NORMATIVA

La adaptación de este marco normativo básico a un marco digitalizado de relaciones laborales se encuentra en proceso de construcción. Los ritmos de avance tecnológico y de evolución normativa jamás se han relacionado en términos sincrónicos. En esta ocasión, puede advertirse el surgimiento de un incipiente bloque normativo, pendiente de ser completado, que tiene por objeto controlar la toma de decisiones automatizadas por la empleadora, cuando estas disposiciones puedan afectar la esfera de intereses de las personas que forman parte de la plantilla.

De un lado, conviene recordar que la titularidad del poder efectivo de dirección corresponde a la empleadora y aunque, como se ha dicho más arriba, la norma legal permite que el ejercicio de este poder se delegue en los distintos escalafones jerárquicos que componen la organización empresarial, estamos ante un poder intrasmisible, so pena de incurrir en la prohibición de cesión ilegal proscrita por el art. 43 ET. Ahora bien, formalmente, solo cabe interpretar que la delegación de este poder debe realizarse en favor de una persona física, por lo que el ejercicio del poder de dirección mediante sistemas automatizados se situaría al margen de la ley. Dicho, en otros términos, el ordenamiento laboral no concibe que el jefe sea un algoritmo<sup>20</sup>. En apoyo de esta afirmación viene el Reglamento General de protección de datos<sup>21</sup>, cuando reconoce el derecho de toda persona a no ser objeto de una decisión automatizada. Sin embargo, tratándose de una regulación diseñada para actuar en un ámbito mucho más amplio, el consumo de bienes y servicios, no sorprende que esta regla general admita importantes excepciones. En concreto, las contenidas en las letras a) y c) del propio precepto, podrían servir para abrir una vía legal de implantación de un sistema automatizado de gestión de recursos humanos. Frente a quienes defienden esta posibilidad, cabría plantearse que la empleadora tendría que demostrar la necesaria activación de estas

<sup>19</sup> Sanguinetti Raymond, W. “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, *Relaciones Laborales*, nº 21 y 22/2012.

<sup>20</sup> Aloisi, A. y De Stefano, V. *Your Boss is an Algorithm. Artificial Intelligence, Platform Work and Labour*, Bloomsbury, 2022; específicamente en contra de esta posibilidad, Cruz Villalón, J. op cit p. 213.

<sup>21</sup> El artículo 22 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 establece:

“Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles

1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.”

tecnologías para la ejecución del contrato de trabajo, mientras que la posible aceptación por parte de la persona trabajadora podría colisionar con el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales previsto en el art. 3.5 ET.

En todo caso, nada impide que la empleadora en el proceso de toma de decisiones haga uso de información obtenida por vía algorítmica, como hasta ahora ha hecho con la información obtenida o elaborada por vías menos sofisticadas. La cuestión central, por tanto, en la medida en la que resulta relativamente difícil determinar el grado de intervención de una persona en el proceso de conformación de la voluntad empresarial, es determinar si en la elaboración de la información que justifica la decisión empresarial se han producido sesgos que contrarían el ordenamiento jurídico vigente. Esto es, si la decisión de la empleadora respeta el principio de buena fe y los derechos y libertades de las personas trabajadoras.

En este contexto cabe exigir un esfuerzo de transparencia a las empresas, que permita visibilizar el interior de la caja negra que subyace al proceso de toma de decisiones automatizadas. Por ello, debe valorarse positivamente la actualización de los derechos de información operada vía RD-Ley 9/2021<sup>22</sup>, que introduce una nueva letra d) en el art. 64.4 ET. La norma reconoce el derecho a “ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”<sup>23</sup>. La previsión normativa comparte objetivos preventivos con el resto de los derechos de información, pero el enfoque resulta bastante novedoso, pues señala hacia un elemento claramente instrumental. No se trata de acceder a datos concretos sobre la evolución de las variables empresariales, sino de tratar de comprender cómo funciona el sistema de elaboración de información y, eventualmente, en qué sesgos puede incurrir. La obligación de transparencia en esta materia se levanta contra un pretendido derecho a la opacidad empresarial, que encuentra dificultades para ser objeto de defensa. La digitalización de la economía, y de la sociedad de la que forma parte, debe ir acompañada de un esfuerzo de transparencia que afecta tanto al sector público como a las empresas privadas. En caso contrario, resultará verdaderamente difícil proteger al conjunto de la ciudadanía, pero también a las personas trabajadoras, de los efectos negativos que puede producir el cambio tecnológico.

Transcurrido un año de la introducción de esta nueva materia en el marco del art. 64 ET, el Gobierno ha querido incrementar la eficacia de la medida mediante la publicación de una Guía para su aplicación práctica<sup>24</sup>. Entre otras cuestiones de interés, el documento promueve la posibilidad de establecer, vía negociación colectiva, la obligación de negociar con los órganos de representación de los trabajadores el diseño y la puesta en marcha de algoritmos en la empresa, considera incluido en el marco de los procedimientos de información y consulta previstos en distintos pasajes de la norma estatutaria (despidos colectivos, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, expedientes de regulación temporal de empleo) la obligación de negociar el algoritmo eventualmente utilizado para la determinación de las personas afectadas, señala la obligación de las empresas de realizar una evaluación de impacto, en aplicación de lo dispuesto en el art. 35 del Reglamento General de Protección de Datos, y considera necesario la realización de una auditoría algorítmica, en aplicación de lo dispuesto en el art. 14 LPRL. Aunque alguna de estas afirmaciones deben ser matizadas, y podrán ser objeto de resoluciones judiciales

<sup>22</sup> Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito plataformas digitales (BOE de 12 de mayo).

<sup>23</sup> Para un más amplio estudio sobre la materia, vid. Gómez Gordillo, R. “Algoritmos y derechos de información de la representación de las personas trabajadoras”, *Temas Labores*, n° 157/2021, pp. 161 a 182.

<sup>24</sup> Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación Empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Mayo 2022.



contrarias, no cabe duda de que este documento contribuye a visualizar la potencialidad de la acción legislativa y de su imprescindible complemento por la autonomía colectiva. Esta afirmación señala también la principal debilidad del modelo, pues el reconocimiento de derechos de información resulta de nula eficacia en ausencia de órganos de representación de los trabajadores en la empresa. En conclusión, la automatización parcial del ejercicio del poder empresarial puede también facilitar una práctica más eficaz de las prerrogativas de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa aplicable, que el art. 64 ET reconoce a la representación de las personas trabajadoras en el centro de trabajo.

#### 4. LA ORIENTACIÓN DE LAS NUEVAS PROPUESTAS

La preocupación por la capacidad de afectación de los derechos fundamentales por vía algorítmica sigue generando nuevas propuestas de regulación, también en el ámbito de la UE. En particular, la propuesta de directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales<sup>25</sup>, aunque limitada en su ámbito de aplicación al trabajo, por cuenta ajena o propia, en este tipo de empresas, sigue la senda marcada por la norma española en la materia.

En primer lugar, el art. 6 establece un derecho de información sobre los sistemas automatizados de vigilancia y control de la actividad desarrollada por la persona trabajadora, y sobre los sistemas automatizados de toma de decisiones que afecten a las condiciones de trabajo, en sentido amplio. El mismo precepto reconoce la titularidad del derecho a la información tanto a las personas trabajadoras como a los órganos de representación en la empresa. La información deberá ser facilitada “de forma concisa, transparente, inteligible y fácilmente accesible, utilizando un lenguaje claro y sencillo”. Con relación al contenido de la información, la propuesta no hace referencia expresa a los algoritmos, si bien detalla que se extiende a los principales parámetros que sirven para adoptar las decisiones. Por su parte, el art. 7 de la propuesta señala la obligación de realizar una evaluación del impacto de sus sistemas automatizados de toma de decisiones, que incluirá una valoración de los riesgos laborales y la introducción de medidas preventivas. Adicionalmente, el art. 8 obliga a las plataformas a facilitar una interlocución con un responsable de la empresa, ante cualquier solicitud de aclaración por parte de las personas trabajadoras afectadas por decisiones automatizadas. Por último, el art. 9 incluye en el ámbito de los derechos de información y consulta las decisiones sobre introducción de sistemas automatizados de dirección y control.

En mi opinión, la principal crítica que puede verse sobre el enfoque de la propuesta está relacionada con la limitación de su ámbito de aplicación al trabajo en plataformas, que parece ignorar que la posibilidad de automatizar parcialmente el ejercicio del poder de dirección no afecta únicamente a este tipo de empresas que, en la práctica, suponen un porcentaje bastante poco significativo en el conjunto del sistema de relaciones laborales de la UE. Por ello, cabe reclamar una acción normativa que afecte al conjunto de las empresas, independientemente del sistema de organización que hayan adoptado. Por el contrario, resulta de innegable interés, y de un gran potencial de refuerzo de la normativa española, esta sí aplicable al conjunto de las empresas, la referencia a la obligación de informar y consultar ante la introducción de sistemas de automatización del ejercicio del poder de dirección y control.

---

<sup>25</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work. Brussels, 9.12.2021 COM (2021) 762 final.

## 5. LA APORTACIÓN DE LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO

Con toda seguridad, el efecto útil de los derechos de información y consulta sobre algoritmos puede verse ampliado de manera notable con la adopción de la Ley integral para la Igualdad de Trato<sup>26</sup>. La norma legal, que entró en vigor el pasado 14 de julio, es un extenso cuerpo legal cuyo análisis requiere mayor tiempo y espacio, aunque puede adelantarse que constituye un paso adelante en la lucha contra las distintas vías de discriminación que impactan, entre otros ámbitos, en el sistema de relaciones laborales.

La nueva norma define un más amplio derecho de igualdad de trato (art. 4), que incorpora nuevos conceptos, con mayor o menor desarrollo doctrinal, como el de discriminación por asociación, discriminación por error, discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, inducción a la discriminación, las acciones intolerantes, las represalias, el incumplimiento de acciones positivas, la inacción, el incumplimiento de deberes o la dejación de funciones. El art. 9 traslada la aplicación de este principio al trabajo por cuenta ajena, e incluye tanto el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, la formación para el empleo, la promoción profesional, la retribución, la jornada y el resto de condiciones de trabajo, así como la suspensión y la extinción del contrato de trabajo. Por su parte, el art. 10 pone el foco sobre los convenios colectivos, fuente en la que aún en la actualidad pueden encontrarse previsiones discriminatorias.

Pues bien, el art. 23 de la ley integral para la igualdad de trato hace referencia a la inteligencia artificial y a los mecanismos de toma automatizada de decisiones, señala al sector público como sujeto obligado a la puesta en marcha de mecanismos que minimicen los sesgos, y faciliten la transparencia y la rendición de cuentas, incluyendo la fase de diseño y los datos de entrenamiento. La norma obliga también a las AA.PP. a realizar evaluaciones de impacto que permitan determinar la existencia de eventuales sesgos discriminatorios, que deberán ser interpretados conforme al principio de igualdad de trato definido en el art. 4. Por su parte, la norma obliga a las empresas privadas a promover el uso de una “Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales”, y crea un sello de calidad de los algoritmos utilizados por ésta. Pero, quizás el elemento de mayor novedad es el amplio capítulo de medidas de protección y reparación del daño, desarrollado en los arts. 25 a 32. En suma, tanto las nuevas propuestas de normativa, como las recientísimas normas aprobadas parecen haber puesto el punto de mira sobre la represión de comportamientos discriminatorios vinculados a la automatización de decisiones.

Con todo ello, el ejercicio de los poderes de dirección y control de la empleadora, cuando ésta haga uso total o parcial de algoritmos, puede ser en mi opinión objeto de un mayor ejercicio de control, en aplicación de las normas ya vigentes y de las que, eventualmente, puedan adoptarse. Es cierto que esta actividad requiere de una mejora en la formación de todos los operadores que intervienen en el proceso, pero en todo caso, conviene volver a señalar la vigencia y eficacia de las instituciones tradicionales del derecho laboral para abordar estos nuevos retos.

---

<sup>26</sup> El art. 4.1 de Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio), establece: “En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.”



**REVISIÓN DE LOS CONCEPTOS DE TIEMPO DE TRABAJO Y DE  
DESCANSO: EL TIEMPO DE DISPONIBILIDAD EN LOS TRADICIONALES Y  
EN LOS NUEVOS ESCENARIOS LABORALES**

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS

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

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

1. APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN
2. LA DELIMITACIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO EN EL MARCO LEGAL
3. TIEMPO DE DISPONIBILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA
4. LA DIGITALIZACIÓN Y SU REPERCUSIÓN EN EL TIEMPO DE TRABAJO.  
EN PARTICULAR EL TIEMPO DE DISPONIBILIDAD EN EL TELETRABAJO  
Y EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS  
DIGITALES
5. CONCLUSIONES

## 1. APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN

La ordenación del tiempo de trabajo constituye un aspecto nuclear en la regulación de las condiciones de trabajo, una constante en los ordenamientos jurídicos y origen de las primeras normas laborales, cuyo objetivo fundamental ha sido la limitación de la jornada de trabajo. Desde los mismos orígenes del Derecho del Trabajo hasta la actualidad la reivindicación de la limitación de la jornada laboral ha sido recurrente, considerándose como una de las grandes conquistas sociales del Movimiento Obrero, que ha conducido a su posterior regulación por parte del Estado. Las sucesivas leyes sobre descanso semanal y jornada máxima de trabajo desde 1873, inicialmente protectoras de determinados colectivos y sectores de actividad y posteriormente generalizadas a todas las personas trabajadoras a comienzos del siglo XX, son muestra de la importancia que cobró la dimensión cuantitativa del tiempo de trabajo, principalmente desde el enfoque de la prevención, como mecanismo de control y protección frente a los riesgos de seguridad y salud en el trabajo.

Otras perspectivas revelan también la importancia de la regulación del tiempo de trabajo: como parámetro de medición de la prestación laboral a los efectos de la determinación de la contraprestación salarial; como instrumento de reparto del empleo; como fórmula de flexibilidad interna en la organización empresarial; sin olvidar su visión desde el enfoque de género, que aporta al debate un nuevo elemento –la corresponsabilidad– como plus de exigencia al ejercicio de los derechos de conciliación, que hasta el momento habían sido orientados exclusivamente a que las trabajadoras pudieran compatibilizar su doble rol reproductivo y productivo.

Actualmente, el tiempo de trabajo cobra además especial significación por la importancia que para la persona trabajadora tiene el tiempo que dedica a otras actividades de desarrollo personal, familiar y social. Su regulación trasciende más allá de la limitación de la jornada y del control de la prestación laboral, de modo que es necesario ir más allá y poner el acento en la gestión del tiempo de trabajo y en la libertad de poder manejarlo de la manera más conveniente por la persona empleadora y trabajadora, respetado ciertos límites necesarios, puesto que la duración de la jornada y su distribución predeterminan los períodos de descanso y de ocio, constituyendo elementos fundamentales de la relación laboral.

Como es sabido, en los últimos años, en el juego de equilibrio de intereses empresariales y laborales se ha atendido con mayor intensidad a los de tipo económico y empresarial, al servicio de las exigencias de productividad y a las pautas de competitividad propias de una economía cada vez más globalizada. Así pues, se han ido sucediendo reformas dirigidas a promover un marco normativo que ha permitido a las organizaciones empresariales adaptarse a las modificaciones constantes del mercado a través de distintos recursos de flexibilidad de la fuerza de trabajo, que en ocasiones se contraponen al derecho de las personas trabajadoras a disponer de una combinación razonable entre tiempo de trabajo y de descanso que les permita atender sus necesidades.

La OIT plantea la necesidad de que las personas trabajadoras dispongan de un mayor control sobre sus horas de trabajo. Esta mayor “soberanía” sobre su tiempo no solo reportará beneficios para su salud y bienestar, sino la mejora del desempeño laboral. En esta línea se insta a los Estados para que elaboren acuerdos sobre la ordenación del tiempo de trabajo que permitan elegir a las personas trabajadoras los horarios de trabajo, sujetos a las necesidades que tenga la empresa de una mayor flexibilidad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> OIT. *Informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor*, 2019. Ginebra p. 42.

Pues bien, la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, y entre ellos el español, siguen manteniendo las categorías jurídicas tradicionales en lo que se refiere a la regulación de la jornada, planteándose desde hace tiempo dificultades para atender algunos problemas relacionados con la delimitación jurídica del tiempo de trabajo y de descanso, especialmente en aquellas situaciones intermedias en las que no concurren todos los elementos conceptuales referidos en la norma legal. Nos referimos a los denominadas “tiempos de disponibilidad” que engloban a diversas situaciones –previstos legal, convencional o contractualmente– en las que la persona trabajadora se compromete durante determinados períodos en los que no está prestando efectivamente ninguna actividad, pero tampoco está descansando, a estar expectante a los requerimientos empresariales para trabajar. Se trata de un tiempo de puesta a disposición no regulado, o al menos, no adecuadamente, que pasa casi desapercibido y que puede difuminar derechos laborales básicos.

Lo cierto es que la calificación de estos tiempos de disponibilidad reviste enorme complejidad, como puede comprobarse por las frecuentes interpelaciones de los Tribunales nacionales al Tribunal Superior de Justicia Europeo, que ha ido elaborando un cuerpo de doctrina a través de la fijación de unos criterios generales, cuya evolución ha venido condicionada por la variada casuística que ha surgido en los últimos años.

Si bien esta puesta a disposición vinculada a la relación laboral ha existido siempre y la problemática en torno a la misma ya se plantea desde hace tiempo, afectando principalmente a las actividades tradicionales (como las sanitarias, las de bomberos o las de prestación de servicios de emergencias), actualmente con las nuevas formas flexibles de trabajo y con el impacto de las tecnologías, su manifestación se ha multiplicado y diversificado, extendiéndose a otros sectores.

Ciertamente, el fenómeno de la digitalización se ha asentado en la sociedad y por extensión al ámbito del trabajo, propiciando la hiperconectividad de las personas trabajadoras y el incremento de nuevas fórmulas de trabajo en las que están a disposición de la empresa preparados para realizar la prestación fuera del horario ordinario de trabajo: el teletrabajo y la prestación de servicios a través de plataformas digitales irrumpen con fuerza como nuevas formas de prestación en el ámbito de las relaciones laborales y con ellas se hace visible su incidencia en el régimen de jornada.

Las cuestiones y problemas que plantean estas situaciones en torno a la delimitación del tiempo de trabajo y del tiempo de descanso, tanto en los de siempre como en los emergentes escenarios del mercado de trabajo, requieren un abordaje profundo y reposado, que no se ha llevado a cabo aún, que aporte seguridad jurídica para enfrentar el difícil equilibrio en la contraposición de intereses de las dos partes de la relación laboral. No es pretensión de este análisis más que una aproximación al estado de la cuestión y alas posibles soluciones que desde el ordenamiento jurídico y de los Tribunales de justicia se están proponiendo, en aras a la protección de las personas trabajadoras.

## **2. LA DELIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL MARCO LEGAL**

La normativa comunitaria recoge una concepción tradicional del tiempo de trabajo, anclada en el modelo industrial del siglo pasado, concebida como garantía del descanso de la persona trabajadora, que divide su espacio en tiempo de trabajo y tiempo de descanso. Con esta visión, la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, define “tiempo de trabajo” como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario

y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Por exclusión, el “tiempo de descanso” se define expresamente como “todo el período que no sea tiempo de trabajo” (art. 2).

La consideración como tiempo de trabajo se determina en función de la concurrencia de tres elementos definitorios: la permanencia en el lugar de trabajo, la disponibilidad frente al poder de dirección empresarial y la ejecución de las funciones del puesto de trabajo<sup>2</sup>. El problema se plantea cuando estamos en presencia de situaciones en las que no concurre alguno de estos elementos, pues formalmente le correspondería la calificación de tiempo de descanso, pero materialmente no puede considerarse como tal, ya que la persona trabajadora mantiene una vinculación más o menos directa con la actividad laboral, pero sin un desempeño pleno de la misma. Nos referimos a los denominados “tiempos de disponibilidad”.

La dificultad es clara, pues los conceptos de tiempo de trabajo y de descanso recogidos en la Directiva 2003/88 son conceptos excluyentes, en los que difícilmente encuentran acomodo estas situaciones intermedias, zonas grises que despliegan unos efectos u otros en función de su calificación<sup>3</sup>. En todo caso, se advierte que son conceptos autónomos con respecto a los derechos nacionales, de modo que, a excepción del caso de las vacaciones anuales retribuidas (art. 7.1), no se aplica a su régimen retributivo, por lo que los Estados miembros pueden determinar la retribución de estos periodos según sus propios criterios objetivos por las normas internas del Derecho nacional, sin que se vean obligados por la calificación que se realice a efectos del art. 2 de la Directiva<sup>4</sup>. De este modo, la jurisprudencia comunitaria, desligada del factor económico, ha venido elaborando un concepto cada vez más preciso de tiempo de trabajo, que no tiene por qué coincidir con el de los Derechos nacionales.

No obstante, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) explica que estas definiciones que recoge la Directiva 2003/88 constituyen conceptos de Derecho de la Unión, refiriéndose al sistema y a la finalidad de la misma, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de las personas trabajadoras<sup>5</sup>. Así que las diferentes disposiciones que la Directiva 2003/88 contiene en materia de duración máxima del trabajo y de tiempo mínimo de descanso constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar toda persona trabajadora<sup>6</sup>.

En esta línea se cumple con lo previsto en el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que las disposiciones de las Directivas deben interpretarse a la luz de la misma, en concreto, en relación con el descanso, en el art. 31.2, que reconoce el derecho de toda persona trabajadora a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal. Por tanto, los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance de estos dos conceptos, sometiendo a cualesquiera condiciones o restricciones el derecho reconocido directamente a las personas trabajadoras por esta Directiva.

En nuestro ordenamiento jurídico, la delimitación del concepto de tiempo de trabajo no coincide con el de la Directiva. El art. 34.5 del ET establece que “el tiempo de trabajo se

<sup>2</sup> Basterra Hernández, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Tirant lo Blanch, 2017, p. 44.

<sup>3</sup> Lousada Arochena, J.F.: “Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces periodos de descanso”. *Revista de Jurisprudencia Laboral* 1/2022, p. 10

<sup>4</sup> Entre otras, STJUE de 21 febrero 2018, asunto C-518/15, Matzak y STJUE de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19, Radiotelevizija Slovenija.

<sup>5</sup> SSTJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras; y de 17 de marzo de 2021, asunto C-585/19, Academia de Studii Economice din București.

<sup>6</sup> SSTJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, y de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19.

computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Fuera de este espacio, el ET tampoco regula categorías jurídicas intermedias entre el trabajo efectivo y el tiempo de descanso, por lo que en principio quedarían excluidos como tiempo de trabajo aquellos períodos en los que las personas trabajadoras estén conectadas directa o indirectamente con el trabajo, pero sin encontrarse en su puesto ejecutando efectivamente sus tareas.

Solo en el sector de actividad del transporte y del mar se regula a través de una norma específica (RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo) el denominado “tiempo de presencia”, que se define como “aquel en el que la persona trabajadora está a disposición de la empresa, se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares” (art. 8). Ello sin perjuicio de la regulación convencional o mediante contrato de trabajo que, permitiendo un tratamiento más favorable, compute determinados períodos de inactividad laboral que puedan ser asimilados a la jornada efectiva de trabajo a todos los efectos, o solo a los efectos de su retribución.

### 3. EL TIEMPO DE DISPONIBILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Bajo esta denominación se contemplan situaciones como las “guardias de presencia” y las “guardias no presenciales o de localización”. Las notas que las distinguen vienen determinadas por las circunstancias del lugar y las obligaciones que asume la persona trabajadora: la guardia de presencia contempla el período de tiempo que se encuentra en las dependencias de la empresa o en un lugar determinado por la persona empleadora, sin estar desempeñando su trabajo, pero poniéndose a disposición de ésta para ejecutar las tareas que se le encomienden; por su parte, la guardia no presencial o de localización, constituye el período de tiempo en el que la persona trabajadora, que elige libremente dónde estar, se obliga a acudir al puesto de trabajo al requerimiento de la persona empleadora para realizar la prestación de trabajo en un plazo determinado.

EITJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse muy recientemente en varias cuestiones prejudiciales acerca de supuestos controvertidos relativos a una de las manifestaciones de estos tiempos de disponibilidad, lo que le ha permitido avanzar en el análisis de los elementos relevantes para elaborar un concepto de tiempo de trabajo en aplicación del art. 2 de la Directiva 2003/88, que sirva de referente para que los Estados miembros puedan calificar estas situaciones intermedias, que siempre han generado problemas a la hora de atribuirles los efectos propios de una u otra categoría jurídica.

Como criterio general, desliga el requisito de la actividad efectiva de la calificación de tiempo de trabajo, de modo que aunque la persona trabajadora no realice ninguna actividad, no necesariamente debe calificarse ese tiempo como descanso a efectos de la aplicación de la Directiva<sup>7</sup>; es decir, el tiempo de trabajo no se identifica con tiempo de trabajo efectivo, sino que es un concepto más amplio, pudiendo abarcar los tiempos de disponibilidad.

Por una parte, en el caso de las guardias presenciales, se ha venido manteniendo una línea de interpretación bastante consolidada en cuanto a su apreciación como tiempo de trabajo efectivo, al subsumirse sin mayores matizaciones en el concepto del art. 2 de la Directiva<sup>8</sup>. Dos elementos pues, determinan su consideración como tiempo de trabajo: el

<sup>7</sup> STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, Matzak.

<sup>8</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C 266/14, Tycos Integrated Security.



elemento espacial, que exige que la persona trabajadora se halle físicamente en el centro de trabajo o en un lugar distinto que determine la persona empleadora; y el elemento temporal, que exige que esté obligada a permanecer a disposición de éste para prestar su actividad inmediatamente en caso de necesidad. Se considera así que en tales circunstancias la persona trabajadora se encuentra en el ejercicio de sus funciones laborales, por cuanto no puede elegir el lugar en el que permanece a la espera, debiendo estar lejos de su entorno familiar y social, así como por la inmediatez de su intervención a la llamada, lo que supone una clara limitación de la administración de su tiempo personal<sup>9</sup>.

Por otra parte, en los supuestos de las guardias no presenciales, la concurrencia de los elementos conceptuales de tiempo de trabajo resulta más controvertida, pues la persona trabajadora tiene en principio mayor libertad de movimiento. De hecho, generalmente estas guardias se han venido excluyendo como período de trabajo en el sentido del artículo 2 de la Directiva, porque se ha entendido hasta el momento que su régimen de disponibilidad no suele suponer una limitación relevante en su vida personal, ya que la puede administrar su tiempo con menos limitaciones, dedicándose a otras actividades.

De ahí la relevante aportación de los recientes pronunciamientos del TJUE, en los que no descarta a priori la consideración de estos periodos de tiempo de disponibilidad o localización como tiempo de trabajo, sino que como en las guardias presenciales, será necesario analizar cada supuesto concreto<sup>10</sup>. El criterio de delimitación se va a centrar en la valoración –atendiendo globalmente a las circunstancias concurrentes– del grado de restricción de la autonomía que dispone la persona trabajadora para gestionar el período de tiempo fuera de su horario de trabajo en el que existe una expectativa de incorporarse al trabajo, para poder organizar su vida personal y social.

En particular, el Tribunal declara que el concepto de tiempo de trabajo incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se cubren en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas a la persona trabajadora “son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su facultad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses”<sup>11</sup>. En cambio, se entiende que si las limitaciones impuestas durante dicho período “no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, solo constituye tiempo de trabajo, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada, en su caso, durante dicho período”<sup>12</sup>.

Para el TJUE resulta irrelevante el lugar en el que la persona trabajadora se encuentra durante la guardia a efectos de su calificación como tiempo de trabajo, pues lo significativo es que las limitaciones impuestas le impidan administrar ese tiempo y dedicarse a sus intereses personales y sociales, con independencia de las prestaciones realmente efectuadas durante ese periodo. De este modo, asimila a la guardia presencial el supuesto en el que la persona empleadora ha designado el domicilio de la persona trabajadora como lugar de permanencia para ser requerido para trabajar, cuando el plazo de incorporación es tan breve que supone una clara restricción a la disponibilidad de su tiempo libre<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> STJUE 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98, Sinap. La primera de la serie de sentencias del TJUE fue una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de la Comunidad Valenciana en un litigio entre el Sindicato de Médicos de la Generalidad Valenciana. Vid. también, SSTJUE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02, Jaeger; de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 y C-403/01, Pfeiffer y otros; y de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, Dellas y otros.

<sup>10</sup> Entre otras, STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C518/15, Matzak.

<sup>11</sup> STJUE de 9 de marzo de 2021, asunto C-580/19, RJ contra Stadt Offenbacham Main; y STJUE, también de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19, DJ contra Radiotelevizija Slovenija.

<sup>12</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2021, asunto C214/20, *Dublin City Council*.

<sup>13</sup> STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C518/15, Matzak.

Este mismo criterio lo aplica a las guardias en las que no se fija ningún lugar de localización, sino que la persona trabajadora dispone de libertad para moverse durante el período en régimen de disponibilidad. Por tanto, a priori, la no obligación de estar en un lugar determinado durante el tiempo de espera no significa excluirlo del concepto de tiempo de trabajo. Se hace hincapié en un criterio determinante como es el plazo de respuesta para reanudar la actividad, de modo que si es amplio en términos de razonabilidad y le permite planificar sus ocupaciones personales y sociales, dicho periodo de guardia, en principio, no constituye tiempo de trabajo. Por contra, si el tiempo de respuesta ante el requerimiento empresarial es breve, de unos minutos, debe calificarse como tiempo de trabajo, por cuanto en la práctica le condiciona a la hora de poder realizar otras actividades de la vida privada que puede que se vean frustradas.

Asimismo, el TJUE extiende la aplicación esta regla a las pausas que la persona trabajadora tiene reconocidas en su jornada laboral en las que se permita su puesta a disposición. Como declara, “el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que constituyen «tiempo de trabajo», en el sentido de esta disposición, las pausas concedidas a un trabajador durante su tiempo de trabajo diario, durante las cuales debe estar en condiciones de salir para efectuar una intervención en un lapso de dos minutos en caso de necesidad”<sup>14</sup>.

Otro criterio relevante y complementario del anterior es el relativo a la frecuencia media de las intervenciones que deben realizarse durante el período de guardia, de manera que la ocasionalidad de dichas intervenciones es un factor que evidencia una mayor capacidad de la persona trabajadora para organizar su tiempo libre y de descanso, lo que llevaría a la exclusión de la calificación de tiempo de trabajo. No obstante, resulta irrelevante cuando el impacto del plazo impuesto para retomar sus actividades profesionales, por su brevedad, es ya es más que suficiente para restringir, objetivamente y de manera considerable su capacidad para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. Además, la naturaleza imprevisible puede tener un efecto restrictivo adicional, por cuanto le sitúa en una situación permanente de alerta<sup>15</sup>. En todo caso, será el juzgador para su adecuada calificación jurídica, quien valore en cada supuesto este criterio con ponderación junto al resto de circunstancias concurrentes.

Sobre las circunstancias a tener en cuenta para su ponderación, el Tribunal incorpora al debate el análisis de algunos aspectos que influyen en la valoración de la intensidad de la limitación de la libertad de gestión del tiempo de descanso de la persona trabajadora<sup>16</sup>:

En primer lugar, se razona que la posibilidad de prestar servicios de manera autónoma o para otra empresa durante el período de guardia revela la existencia de un amplio margen de autonomía para gestionar el descanso.

En segundo lugar, cabe tener en cuenta el grado de obligatoriedad de acudir a los requerimientos de la persona empleadora; es decir, si siempre debe acudir a la llamada, o si se establece un porcentaje de requerimientos a los que no estaría obligado a cumplir, lo que haría presumir en este segundo caso que goza de un margen mayor de autonomía para organizar su vida privada.

En tercer y último lugar, y es una de las cuestiones más relevantes en orden a la configuración de la regulación del tiempo de trabajo, la jurisprudencia comunitaria se centra en la consideración del derecho al descanso como un elemento esencial para la salud laboral y en este sentido conviene concretamente en su apreciación sobre la regularidad de los períodos de guardia más allá de su calificación como tiempo de trabajo/descanso

<sup>14</sup> STJUE de 9 de septiembre 2021, asunto C-107/19, XR.

<sup>15</sup> STJUE de 9 de marzo 2021, asunto C-344/19, Radiotelevizija Slovenija.

<sup>16</sup> STJUE de 11 de noviembre 2021, asunto C214/20, Dublin City Council.

en el sentido del art. 2 de la Directiva, como factor que repercute negativamente en la seguridad y salud de las personas trabajadoras, al dificultar durante estos períodos la posibilidad de desconectar absolutamente de su entorno laboral, impidiendo un descanso adecuado. Declara la necesidad de fijar límites, tanto a la duración de estos períodos de guardia como a su frecuencia, como medio de prevenir riesgos laborales, especialmente los riesgos psicosociales que suelen acompañar a la falta de desconexión del trabajo y a la falta del ejercicio efectivo del derecho al descanso, en aplicación de la Directiva 89/391/CE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo<sup>17</sup>.

La jurisprudencia española acoge la línea interpretativa del TJUE en lo que a las guardias presenciales se refiere, al considerar que estas modalidades se asimilan a lo que se define como tiempo de trabajo por el art. 34.5 ET<sup>18</sup>. En relación con las guardias no presenciales, inicialmente los Tribunales apreciaban que el tiempo de disponibilidad no formaba parte de la jornada de trabajo, al no desarrollar la persona trabajadora ninguna actividad productiva. Solo si ésta se producía, se entendía la existencia de prestación de trabajo y se le concedía el tratamiento de horas extraordinarias<sup>19</sup>. Posteriormente mantiene una línea de interpretación bastante acorde con la referida jurisprudencia comunitaria, al atender para su calificación o no como tiempo de trabajo a la valoración de las limitaciones a la libertad de la persona trabajadora sometidas a estas condiciones de trabajo<sup>20</sup>.

En cualquier caso, cabe hacer referencia a la interpretación más garantista que ofrece la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea Revisada de 1996 (ratificada por España y en vigor desde julio de 2021), en relación con estas guardias localizadas, que considera que los períodos de guardia localizada, en los que se desarrollen o no prestación efectiva, deben ser considerados como tiempo de trabajo y por tanto, computarse a efectos de los necesarios descansos<sup>21</sup>. Esta interpretación, que es jurídicamente vinculante según lo previsto en los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución Española, forma parte del ordenamiento jurídico español y debería haber sido acogida por la jurisprudencia española<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Montoya Medina, D.: “Guardias no presenciales: ¿tiempo de trabajo o período de descanso?”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*. Laborum 1/2021, p.176.

<sup>18</sup> Entre otras, SSTS de 21 de febrero de 2006, (rec. 3338/2004), de 21 de diciembre de 2007 (rec. 1051/2006) y de 26 de diciembre de 2007 (rec. 3697/2006). Entre las más recientes, SSTS de 2 de diciembre de 2020 (rec. 28/2019) y de 17 de febrero de 2022 (rec. 123/2020). La primera referida al personal sanitario y la segunda al de los empleados de ambulancias, en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas. En relación con las guardias de empleadas de hogar, vid. STSJ Cataluña de 3 de febrero 2021 (rec.4501/2020). En relación a los períodos de pausas en la jornada con disponibilidad vid. SSTSJ de Castilla y León de 7 y 17 de septiembre 2020 (rec. 188/2020; 324/2020).

<sup>19</sup> Entre todas, STS de 29 de noviembre de 1994 (rec. 752/1994).

<sup>20</sup> STS de 18 junio de 2020 (rec. 242/2018). El Tribunal declara que si la mayoría de las incidencias se resuelven a distancia mediante llamada o el ordenador y solo excepcionalmente deben acudir a los locales de la empresa o de los clientes, dichos períodos de disponibilidad remota localizada no son considerados tiempo de trabajo, porque no impiden al trabajador el normal desarrollo de su vida personal y social.

<sup>21</sup> El Comité Europeo de Derechos Sociales en sus Conclusiones XX-3 (2014) para España considera que “el hecho de equiparar a tiempo de descanso los períodos de guardia durante los cuales no se ha realizado ningún trabajo efectivo constituye una infracción del art. 2.1º de la Carta” porque “la ausencia de trabajo efectivo, observada con posterioridad para un período temporal del cual el asalariado no pudo disponer libremente *a priori*, no constituye un criterio suficiente de equiparación de este período a uno de descanso”.

<sup>22</sup> Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A.: “De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”. La Ley. Unión Europea, 98/2021, Editorial Wolters Kluwer.

#### **4. LA DIGITALIZACIÓN Y SU REPERCUSIÓN EN EL TIEMPO DE TRABAJO. EN PARTICULAR EL TIEMPO DE DISPONIBILIDAD EN EL TELETRABAJO Y EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES**

El contexto globalizado en el que se desarrolla la actividad productiva ha sufrido importantes transformaciones que han provocado cambios en los últimos años en la forma de prestar el trabajo, para adaptarse a las nuevas exigencias de la cambiante sociedad de la información y de las tecnologías. La digitalización con el tiempo se ha ido incorporando de manera generalizada a todos los sectores y a todas las empresas y ha traído consigo la introducción de nuevas formas de trabajo más flexibles y más tecnológicas, que permiten el desarrollo de la actividad en cualquier momento y desde cualquier emplazamiento, para mantener los niveles requeridos de competitividad y productividad.

Desde la perspectiva empresarial, estos modelos flexibles pueden entrar en colisión con el reconocimiento de los derechos de los empleados, que demandan modelos flexibles de trabajo que les permitan gestionar su tiempo de prestación laboral según sus necesidades particulares.

Como se ha indicado, si bien el concepto de tiempo efectivo de trabajo en general no ha presentado un perfil claro, al no responder adecuadamente a la enorme casuística existente, en estos nuevos escenarios laborales que surgen como consecuencia de la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación, en los que la persona trabajadora se ve obligada a permanecer en alerta constante, el tiempo de trabajo y de ocio y descanso se hacen cada vez más difusos, pues si bien pueden permitir en teoría una mayor libertad o autonomía de la persona trabajadora para organizar su horario, se corre el riesgo con cierta frecuencia de prolongar la jornada fuera del horario laboral, o de mantener una disponibilidad permanente, volviéndose en su contra, repercutiendo de forma negativa sobre su salud.

Aunque estas situaciones de trabajo fuera de horario debidas a la hiperconectividad es más común en las empresas del sector tecnológico, no podemos desconocer que cada vez es más frecuente en aquellas empresas que han implantado algunos mecanismos tecnológicos de conexión, aunque se trate de trabajo presencial o combinando con fórmulas de trabajo a distancia: las comunicaciones con clientes, jefes, y compañeros/as de trabajo a través de emails, mensajes tipo WhatsApp, SMS, u otros medios similares, forman parte ya de la rutina, extendiendo en ocasiones la jornada ordinaria, o al menos los tiempos de disponibilidad, a través de los dispositivos electrónicos, una situación que hemos visto incrementarse de manera exponencial en el trabajo a distancia a raíz de pandemia provocada por la covid-19<sup>23</sup>. Además, la conexión permanente en algunas actividades a través de dispositivos electrónicos constituye un control horario tan intenso que en ocasiones lleva a no respetar los tiempos de descanso que se reconocen a las personas trabajadoras presenciales<sup>24</sup>.

Para enfrentar estas situaciones de horario continuo, de conectividad digital permanente el legislador reconoce el derecho de las personas trabajadoras a la “desconexión digital”, consistente en cortar la conexión con la empresa durante los períodos de descanso, especialmente en los casos de prestación de trabajo fuera del centro de trabajo y mediante dispositivos electrónicos<sup>25</sup>. Este derecho favorece el disfrute del período de descanso que establece la norma legal, aunque no lo garantiza de manera efectiva, por cuanto su

<sup>23</sup> Trujillo Pons, F.: “La desconexión digital a lomos de la seguridad y salud en el trabajo”. *Lan Harremanak*, 45/2021, <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21955>

<sup>24</sup> STS de 10 de mayo de 2021 (rec. 105/2021). Litigio planteado en el sector de “contact center”.

<sup>25</sup> Gorelli Hernández, J.: “Teletrabajo, tiempo de trabajo y desconexión en el ordenamiento español”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 59/2021, p. 143.

reconocimiento como una facultad de la persona trabajadora, por el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPD), la hace depender de su exclusiva voluntad<sup>26</sup>.

Esta defectuosa regulación, sin establecer expresamente el deber empresarial de garantizar dicha desconexión, propicia su incumplimiento, pues en el contexto socio-económico actual la presión que soportan muchas personas trabajadoras, que pueden ver peligrar sus empleos, aumenta su diligencia con la prolongación de su jornada, bien para finalizar tareas o bien prestándose a atender los requerimientos de la persona empleadora, sin que esta actividad realizada fuera de horario sea valorada a efectos retributivos ni a efectos del cómputo de la jornada.

La reacción del legislador se ha hecho notar en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que plantea una regulación específica en la regulación sobre tiempo de trabajo para este tipo de empleados, especialmente los que trabajan a través de teletrabajo. Ya en su Preámbulo indica expresamente que las personas que desarrollan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que los garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a las personas comparables que trabajen presencialmente (art. 4), pero que determinadas condiciones laborales que considera esenciales, requieren de una regulación particular para garantizar su mismo nivel de protección, como la organización del tiempo de trabajo, incluidas la flexibilidad, los periodos de disponibilidad y el adecuado registro, así como en conexión con ésta, la correcta aplicación de las medidas de seguridad y salud laboral. Ello, sin embargo, no significa que el teletrabajo tenga un régimen especial respecto al común sobre jornada, horario, descanso, o registro de jornada.

Para cumplir este objetivo de trato igualitario establece la obligación empresarial de garantizar la desconexión digital mediante 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 (art. 18). Se pone así hincapié en la perspectiva preventiva de la ordenación del tiempo de trabajo y la exigencia de su tutela, por su conexión directa con el derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Dicha obligación empresarial significa en sentido estricto la interrupción de la conexión con sus empleados una vez que finaliza la jornada laboral a través de los medios oportunos, sin que su especial forma de trabajar, con ciertas dosis de flexibilidad para organizar el trabajo, pueda llevar a superar los límites máximos de jornada, ni los límites mínimos del régimen de descansos establecidos en la norma legal o convencional, pues el objeto de esta regulación es evitar los riesgos perjudiciales para la salud<sup>27</sup>. Esta obligación se exige igualmente a la persona trabajadora, como prevé el propio art. 13 de la Ley 10/2021 al establecer la necesidad de que la flexibilidad horaria de su prestación de servicios respete la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, atendiendo a su carácter imperativo.

Ciertamente, ya se trate de actividades presenciales o a distancia, cabe la posibilidad de ampliar la jornada laboral por los cauces y con los límites que establece la propia normativa: a través del régimen de las horas extraordinarias (art. 35 ET), o a través del pacto de horas complementarias en los contratos a tiempo parcial (art. 12.5 ET). No obstante, existen supuestos en los que se relativiza el ejercicio del derecho a la desconexión digital, como en los periodos de disponibilidad mediante pacto (individual o colectivo), en los que no es posible la desconexión de los medios tecnológicos de comunicación, por ser condición

<sup>26</sup> Un importante sector de la doctrina científica ha mostrado su reacción crítica. Entre otros, Gorelli Hernández, J.: op. cit. 143; Ruiz González, C.: “La desconexión digital como garantía y herramienta de conclusión de la jornada laboral: su necesaria concreción en tiempos de COVID-19”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 56/2020, p. 236; Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2019, p. 237.

<sup>27</sup> STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2020 (rec. 430/2020).

necesaria de la puesta a disposición de la persona trabajadora mantener comunicación abierta para su reincorporación al puesto; en cambio, sí se garantiza la desconexión del trabajo hasta el momento de la llamada.

En este sentido, el art. 13 de la Ley 10/2021 establece un límite a la flexibilidad horaria durante dicho período de descanso, ya que la persona trabajadora se compromete expresamente a volver a desarrollar su trabajo solo cuando lo requiera la empresa, sin que deba realizar trabajo ordinario durante dicho periodo de disponibilidad, como garantía de su derecho al descanso<sup>28</sup>. Nos referimos a los supuestos de guardias no presenciales, siempre que las condiciones en las que se acuerda permita cierto margen autonomía para gestionar su tiempo de descanso durante dicho período de disponibilidad, pues como ya ha sentado la jurisprudencia del TJUE, aquellos casos en los que las condiciones pactadas supongan una presión constante que limiten de forma relevante su disfrute efectivo –por la exigencia de la inmediatez o de la brevedad de la respuesta, o por la frecuencia de los llamamientos– se considerarán tiempo de trabajo en los términos de la Directiva 2003/88.

Doctrina judicial reciente se inclina por calificar como tiempo de trabajo la ejecución de funciones en régimen de teletrabajo que se suma a la jornada presencial, llevando a cabo tareas varias a petición de la persona empleadora, como la atención de correos electrónicos o de llamadas telefónicas<sup>29</sup>. Sin embargo, habrá que estar a las previsiones de la negociación colectiva sobre los mecanismos específicos de desconexión que debe implantar la persona empleadora (art. 88 LOPD), en tanto que no queda claro cuál debe ser el tratamiento, atendiendo a si dispuso como responsable medidas de desconexión en su empresa, cuáles son y si están siendo efectivas<sup>30</sup>.

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que el derecho a la desconexión digital debe ser tratado y desarrollado de manera más amplia y de forma conjunta, por su relación directa con la seguridad y salud en el trabajo, especialmente frente a prácticas abusivas empresariales de control excesivo por asegurar un rendimiento ininterrumpido de la plantilla. Una interpretación integradora y finalista del art. 88 de la LOPD en el marco de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, determina que la desconexión digital en el tiempo de descanso constituye un mecanismo de garantía del derecho al descanso; por tanto, determina la obligación de la persona empresaria de garantizar este derecho no solo de las personas trabajadoras que prestan sus servicios en régimen de teletrabajo o a distancia de manera regular, sino de todas aquellas que trabajan en empresas con modelos mixtos de presencialidad y a distancia y de aquellas en las que en su desempeño laboral la flexibilidad que aportan las nuevas tecnologías puede llegar a limitar su derecho al descanso y dificultar su derecho de conciliación, pues lo contrario contravendría el principio de igualdad (art. 14 CE).

Finalmente, cuando se estudia la repercusión del fenómeno de la digitalización en el mercado de trabajo, resulta oportuno hacer mención especial a una de sus manifestaciones más importantes, como son las plataformas digitales de servicios, que plantean un nuevo desafío a hora de enfrentar el análisis de la delimitación del tiempo de trabajo y de descanso. Surge como un particular modelo de negocio basado en la prestación de servicios a demanda, formada por diferentes microtarefas, o tareas individuales y autónomas de muy corta duración, difuminándose la linde entre el tiempo de trabajo y el de no trabajo. Se caracteriza por el grado de flexibilidad con el que cuentan los prestadores de servicios,

<sup>28</sup> Gorelli Hernández, J., op. cit. p. 131.

<sup>29</sup> STSJ de Madrid de 8 de julio de 2020 (rec.19/2020).

<sup>30</sup> Se pueden instaurar distintos mecanismos, desde los más contundentes, como el apagado automático de los dispositivos tras el fin de cada jornada; la “siesta digital”, que no permite el contacto vía e-mail o mediante teléfono móvil fuera del horario de trabajo; o los sistemas mail *on holiday*, que reconduce en vacaciones los e-mails de la persona trabajadora a otra disponible.

la aportación de instrumentos de trabajo por parte éstos, la libertad de aceptar o rechazar pedidos o tareas, la sujeción o no a la organización y dirección de la plataforma, así como los distintos niveles de control de la prestación por parte de ésta según el caso.

El establecimiento de un sistema de retribución por resultado y no por tiempo de trabajo supone que el período que las personas permanecen conectadas a la plataforma a la espera de que entren los pedidos o los encargos, no se cuenta a estos efectos y no se considera tiempo de descanso. El tiempo de trabajo se computa en función de las microtareas efectivamente realizadas por la persona proveedora del servicio en el momento en que se produce la demanda del servicio<sup>31</sup>.

Ciertamente, desde el enfoque que se viene haciendo por el TJUE en relación con los tiempos de teledisponibilidad, dentro de la supuesta autonomía de las personas que prestan servicios en las plataformas, la regla general es que eligen los días y horas concretos en que se encontrarán disponibles para realizar la prestación, aspecto a considerar para valorar el margen de libertad para gestionar sus intereses propios. Sin embargo, en la mayoría de los supuestos la operatividad de dichas plataformas puede introducir condiciones que ponen de manifiesto la relatividad de dicha libertad de puesta a disposición, debido, por un lado, a la falta de transparencia del sistema de asignación de trabajos, a través de un algoritmo, que depende del sistema de puntuación calculado en función del trabajo realizado previamente; y por otro lado, debido a la presión ejercida por los mecanismos de penalización cuando dicha disponibilidad no es la esperada según los índices marcados por la plataforma, por lo que como un círculo vicioso, las personas proveedoras de servicios se ven condicionadas a la hora de decidir, realizando finalmente largas jornadas en cualquier horario para mantener su posición en la plataforma, ya que cuanto más horas conectadas, más tareas se le asignan o de mejor valor.

El problema no es menor si se tiene en cuenta que en el trabajo en plataformas el porcentaje del tiempo de disponibilidad de la persona trabajadora es mucho más elevado que el del trabajo típico<sup>32</sup>, lo que genera un riesgo de “autoexplotación”, por cuanto el tiempo de conexión no es considerado tiempo de trabajo y por tanto, tampoco es retribuido, que solo corresponde a la efectiva prestación de actividad<sup>33</sup>. Contradice pues, la doctrina del TJUE, que como se ha analizado otorga la consideración de tiempo de trabajo al tiempo de disponibilidad cuando el plazo de respuesta requiere inmediatez, con independencia de que la retribución que corresponda al mismo sea distinta al del tiempo de trabajo efectivo.

Las lagunas legales en torno al encuadramiento de estas formas de trabajo se han aprovechado para ignorar las normas de protección básica de las personas trabajadoras, frente a jornadas máximas y descansos mínimos, ya que los tiempos de conexión a la plataforma no se computan a efectos de jornada, y en muchas ocasiones exceden de lo que se considera aceptables desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral<sup>34</sup>.

En cuanto a las posibles medidas de contención de estas consecuencias, están aún en el aire. Aunque haya supuesto un avance la aprobación de la “Ley Rider”<sup>35</sup>, la declaración de laboralidad del trabajo de reparto y distribución de productos en plataformas digitales no es suficiente para garantizar la protección de esta nueva forma de trabajo. No obstante, podría

<sup>31</sup> Marín Malo, M.: “El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, *Temas laborales* 148/2019, p. 175.

<sup>32</sup> OIT, “La calidad del trabajo en la economía de plataformas”, Grupo 3: Tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico, Nota informativa nº 5, 2018, p. 3.

<sup>33</sup> Ginès i Fabrellas, A.: “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”. *Labos*, Vol. 2, No. 1, p. 31. doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6045>

<sup>34</sup> Todolí Signes, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 156.

<sup>35</sup> Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

entenderse aplicable lo previsto en el RD 1561/1995 de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales, por cuanto esta forma de trabajo puede encuadrarse en el ámbito de aplicación de la actividad de transporte de viajeros y mercancías (art. 10), en las que se delimita el tiempo de trabajo efectivo frente al tiempo de presencia, en base a que durante el período que la persona trabajadora esté a disposición de la persona empresaria esté desempeñando sus funciones, o no (arts. 8.1 y 10.3 y 4), así como lo previsto en el convenio colectivo del sector del transporte conforme a su ámbito de aplicación, cuya regulación debería adaptarse a estas nuevas formas de trabajo.

Por lo que respecta al resto de actividades que comienzan a prestarse a través de plataformas virtuales (cuidado, limpieza, traducción, asesoría o consultoría, programación, etc.), la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, pretende conceder la misma protección que se dispensa a las personas trabajadoras tradicionales a las que realizan “trabajos imprevisibles”, como el que se lleva a cabo a través de “plataformas en línea”, para evitar su disponibilidad absoluta. Partiendo de que la información relativa al tiempo de trabajo debe ser coherente con la Directiva 2003/88/CE, establece unas reglas de previsibilidad mínima en el trabajo (art. 10): el deber empresarial de informar con antelación suficiente a la persona trabajadora sobre la forma en que se determinará su tiempo de trabajo, concretamente las horas y días de referencia en los cuales se puede exigir que trabaje y el período mínimo de preaviso a que tienen derecho antes del comienzo de la tarea, así como el derecho de la persona trabajadora de rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorable.

No obstante, esta Directiva no viene a resolver el principal problema en este tipo de actividades en lo que respecta al tiempo de trabajo, porque la falta de unos ingresos mínimos y la libertad del prestador del servicio de decidir trabajar dentro de las franjas horarias ofertadas, no impide que éste exceda de los límites de la jornada que se considera garante de la salud en el trabajo. Se espera que la normativa española adapte adecuadamente las previsiones de la disposición comunitaria para mejorar el tratamiento jurídico del trabajo a través de plataformas digitales<sup>36</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Las nuevas formas de prestación de la actividad laboral, así como el incremento de algunas de las ya instaladas, pero renovadas, son cambios que se han producido en el ámbito de las relaciones laborales y que afectan de manera central en la ordenación del tiempo de trabajo, una condición laboral esencial de la relación laboral, no solo porque concreta la prestación de la persona trabajadora, sino porque condiciona el resto de los tiempos de la persona que no son de trabajo y que el legislador define genéricamente como tiempo de descanso, a pesar de que no todos esos períodos se destinan estrictamente al descanso.

A la vista de las consideraciones realizadas se evidencia que la normativa laboral no cuenta actualmente con los instrumentos adecuados para responder a la problemática que surge como consecuencia de estos cambios que se han producido en las formas de organizar el trabajo en los tradicionales y en los nuevos entornos productivos.

La rigidez de los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso ponen de manifiesto la dificultad de dar respuesta a la conflictividad generada en situaciones intermedias o atípicas, como las actividades de puesta a disposición de la persona trabajadora

<sup>36</sup> Art. 21.1: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 1 de agosto de 2022”.



que se lleva a cabo fuera del horario ordinario, dentro o fuera del centro de trabajo (horas de presencia y disponibilidad), o de actividades que se desarrollan a través del uso de distintos medios tecnológicos de comunicación y trabajo (teletrabajo y trabajo a través de plataformas), situaciones cada vez más frecuentes y variadas.

Conflictividad que se explica por la repercusión que tienen estas fórmulas de prestación de trabajo en los derechos de descanso de las personas trabajadoras y en sus expectativas de administrar su tiempo de conciliación personal y familiar, así como en el reconocimiento de su derecho a percibir una adecuada compensación por las obligaciones contraídas. Razón por la que es necesaria la revisión de la actual regulación de la ordenación del tiempo de trabajo, que aporte mayor seguridad jurídica y facilite la labor de los agentes jurídicos, con el objetivo último de otorgar la tutela necesaria para garantizar el descanso adecuado, por constituir un derecho básico y fundamental en la relación laboral y como manifestación del derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras, así como garantizar un trabajo retribuido justamente, un trabajo decente.

# **LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES**

JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA

*Profesora TU de la Facultad de Ciencias Sociales de  
Talavera de la Reina*

Universidad de Castilla La Mancha

## SUMARIO:

1. PRELIMINARES
2. INTRODUCCIÓN
3. LA NATURALEZA EMPRESARIAL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES
4. AMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL Y A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. LA PROPUESTA DE AMPLIACIÓN COMUNITARIA DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
6. CONCLUSIONES

## 1. PRELIMINARES

El profesor Santiago González Ortega siempre ha sido para mí un referente en la Universidad Carlos III, no fue mi director de tesis, pero no por ello fue menos importante en los inicios de mi vida universitaria, su magisterio, enseñanzas y buen hacer me acompañaron desde que llegué a dicha Universidad.

La generosidad y dedicación del profesor González Ortega hacia mi persona fue tal que durante los años que estuve en esta Universidad y en el área que él dirigía siempre me aconsejó, me guio y me ayudó a avanzar en mi carrera docente e investigadora. Gracias por estar ahí, en los duros comienzos de la andadura universitaria.

Si en su labor como profesor y maestro sólo tengo palabras de agradecimiento, no son de un menor calado las que puedo dedicarle cuando me refiero a su persona, entrañable, generosa y amiga, desde el primer día que llegué a su Departamento allá por el año 1993, tanto él como los compañeros y compañeras que ya estaban en la UC3M me integraron y me ofrecieron todo su apoyo.

## 2. INTRODUCCIÓN

La economía de las plataformas digitales está creciendo rápidamente. Se están incrementando de forma exponencial los ingresos de las plataformas digitales de trabajo en toda la Unión Europea, entre 2016 y 2020 la economía de estas plataformas creció de un estimado de 3 mil millones de euros hasta los alrededor de 14 mil millones de euros, lo que supone una subida de en torno a un 500 % en los últimos cinco años<sup>1</sup>, así mismo, ha aumentado el número de personas a su servicio, que se calcula que pueden llegar a ser 43 millones en 2025<sup>2</sup>(Comunicación: “Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo”, (COM (2021) 761 final, 9 de Diciembre)<sup>3</sup>.

Las cifras empiezan a ser lo suficientemente importantes como para preocuparse de la naturaleza de las condiciones de trabajo de las personas que prestan servicios en este tipo de plataformas. De hecho, esta es una inquietud de la Comisión Europea desde hace años, la primera vez que esta institución comunitaria se pronunció al respecto fue en la Comunicación sobre una agenda europea para la “economía colaborativa” (COM (2016) 356). Después, fue el Pilar Europeo de Derechos Sociales de la Unión Europea de 17 de noviembre 2017 el que advirtió de la necesidad de garantizar, con independencia del tipo y duración de la relación laboral, un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo. Y con posterioridad, ha sido el “Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales” (COM (2021) 102 final), el que se ha preocupado expresamente por la persona trabajadora de la plataforma<sup>4</sup>.

En el citado Plan de Acción la Comisión Europea se comprometió a presentar en el cuarto trimestre de 2021, una propuesta legislativa sobre las condiciones laborales del

<sup>1</sup> De Groen, W., Kilhoffer, Z., Westhoff, L., Postica, D. y Shamsfakhr, F., *Digital Labour Platforms in the EU: Mapping and Business Models*, 2021, revisado en <https://ec.europa.eu/social>.

<sup>2</sup> «Estudio en apoyo de la evaluación de impacto de una iniciativa de la UE relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en las plataformas digitales», 2021, revisado en <https://data.europa.eu/doi/10.2767/527749>.

<sup>3</sup> El país en el que más penetración tienen las plataformas laborales es Irlanda, con el 6,5%, y donde menos en Hungría, el 2,5%. España, con el 4,8%, se sitúa algo por encima de la media: EUROFORUM, “Exploring self-employment in the European Union, 2017”.

<sup>4</sup> En este plan de Acción encontramos un epígrafe dedicado a “Adecuar las normas laborales al futuro del trabajo” advirtiendo de las precarias condiciones laborales de las personas que trabajan a través de plataformas. De

personal de plataformas digitales que se ha traducido en dos instrumentos normativos importantes: una Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo en trabajo de plataforma (COM(2021),762) y un proyecto de Comunicación de la Comisión —Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados— (DOUE 18 de marzo de 2022), para garantizar que el Derecho de la competencia de la Unión no se interponga en el camino de los convenios colectivos para los trabajadores autónomos, siendo ambos instrumentos normativos objeto de este estudio.

No obstante, como ya hemos señalado esta preocupación no es reciente, de hecho, se ha abordado el trabajo de plataforma y la protección de los autónomos en otras acciones legales a nivel europeo, como la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, sobre condiciones de trabajo transparentes y predecibles y la Recomendación del Consejo de 8 de Noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (DOUE 15 de noviembre 2019).

Partiendo de estas premisas, el trabajo aborda, en primer lugar, los caracteres de las plataformas digitales de trabajo, en segundo lugar, la naturaleza de los servicios o trabajos que prestan las personas en dichas plataformas, en tercer lugar, cuál es el ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva en la normativa internacional y comunitaria, y, por último, trataremos la ampliación del ámbito subjetivo del derecho colectivo a la negociación por parte de la Unión Europea a través de los dos instrumentos citados -la Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo en trabajo de plataforma y las Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados-.

### **3. LA NATURALEZA EMPRESARIAL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES**

Hablamos de plataformas digitales y no de empresas digitales y ello sólo genera confusión respecto al tipo de relación de trabajo -cuenta ajena o cuenta propia- que tienen las personas que prestan servicios para ellas. Y ello porque, realmente, las “empresas de plataformas” tienden a identificarse a sí mismas como proveedoras de un servicio digital, mientras que la persona o empresa que trabaja con ella la califica de cliente y no de empleadora.

En el Eurofound se han identificado 10 formas de trabajo de plataforma que se distinguen por el tipo y el lugar de trabajo y por las cualificaciones requeridas. Pueden utilizarse estas plataformas tanto para la prestación de trabajos muy tradicionales (como el reparto de mercancía) hasta prestaciones de servicios más innovadoras como servicio de traducción, de encargos informáticos, trabajos de ingeniería, etc. Por este motivo, el trabajo en plataformas varía en cuanto al nivel de capacidades requeridas, encontrándonos con empleos que precisan escasa capacitación profesional (repartidor) hasta empleos que requieren una elevada formación académica, porque desde estas plataformas se pueden realizar trabajos creativos o especializados altamente cualificados, como el diseño arquitectónico, las traducciones o el desarrollo de Tecnologías de la Información (COM (2021) 761 final, 9 Diciembre 2021). Todo ello, sin perder de vista que entre todas las

---

acuerdo con el artículo 154 del TFUE, la Comisión lanzó en febrero de 2021 una consulta a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de la acción de la Unión. En junio de 2020, la Comisión lanzó también una iniciativa para garantizar que el Derecho de competencia de la Unión no obstaculizara la mejora de las condiciones laborales mediante convenios colectivos para los trabajadores autónomos que la necesitaran.

formas de trabajo citadas encontramos algunos rasgos comunes, como el papel fundamental de Internet (algoritmo) y la convocatoria abierta de una multitud ilimitada de personas trabajadoras a través de una aplicación.

Existe una amplia diversidad de experiencias de personas que prestan servicios en estas plataformas digitales, para algunas el trabajo en la plataforma es una fuente adicional de ingresos, beneficiándose de autonomía y flexibilidad, mientras que para otras es su forma de “ganarse la vida” y en ellos encontramos condiciones de trabajo difíciles, sin protección social, con retribuciones inadecuadas, en definitiva, precariedad laboral y éstas son las que preocupan en la Unión Europea, en este sentido el Informe “Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo” COM (2021) 761 Final).

La variedad de formas en las que se puede prestar el trabajo en plataformas y de los intereses de las personas trabajadoras de la plataforma dificulta mucho la identificación de este trabajo en el sistema binario de relaciones laborales en el que vivimos -cuenta propia y cuenta ajena-. De ahí que para la clasificación del trabajador en plataformas la doctrina haya pensado en varias posibilidades: primera, que el legislador no intervenga y que sean las decisiones judiciales las que identifiquen la categoría en la que debe estar las personas que presta servicios en plataforma, con la inseguridad jurídica que ello conlleva; segunda, que se creen figuras intermedias entre uno y otro modelo del sistema binario, como en España está el trabajador autónomo dependiente (TRADE), que no ha resuelto los problemas con este colectivo; tercera, quizás más acertada a nuestro juicio, es apostar por el fortalecimiento de la presunción de laboralidad, de esta forma se facilita la declaración como trabajador asalariado y le adjudicamos así los derechos laborales y de protección social correspondientes a los mismos; cuarta, y última opción, sería trascender la clasificación -cuenta propia y cuenta ajena- a efectos de adjudicarles derechos y el acceso a la protección social<sup>5</sup>.

En definitiva, estamos ante una nueva realidad productiva, pero sobre ella ya se ha manifestado el legislador español en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, afirmando que dicha forma empresarial, altamente digitalizada, no altera el contenido ni el alcance de las notas que definen la naturaleza laboral de una relación de servicios, conforme a lo establecido en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni sus consecuencias, de hecho, el legislador advierte que es urgente garantizar la igualdad de trato entre las empresas «tradicionales» y las que utilizan medios de control digital basadas en la gestión de datos algorítmicos, sobre la base de una competencia transparente y leal entre unas y otras, con todas las obligaciones legales que esto conlleva en términos de pago del impuesto sobre la renta, financiación de la protección social, responsabilidad por la salud y la seguridad, diligencia debida y responsabilidad social corporativa y como señala la ETUC sus trabajadores deben ser reconocidos como trabajadores (Resolución sobre “La protección de los derechos de los trabajadores no standard y de los trabajadores de plataformas (incluyendo a los autónomos) de 28-29 Octubre 2020).

Habría que dejar fuera del concepto “plataforma de trabajo” aquella que no organizara el trabajo de personas individuales, sino que se limitara a proporcionar un medio a través del cual las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados pueden llegar a los usuarios finales. Por ejemplo, una plataforma que se limite a agregar y mostrar los proveedores de

<sup>5</sup> Rodríguez Fernández, M.L. “Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales” en *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, dir. M.L. Rodríguez Fernández, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, p.57-59.

servicios (por ejemplo, fontaneros) disponibles en una zona específica, permitiendo así que potenciales clientes puedan solicitar sus productos o su trabajo, ésta no se considera una plataforma digital de trabajo porque no organiza el trabajo de los proveedores de servicios.

Por tanto, “plataformas de trabajo” serían aquellas que ofrecen servicios (admitiendo variadas formas de llevarlos a cabo), a cambio de una remuneración y siempre controlado por la plataforma, empresa digital o aplicación tecnológica. La plataforma deberá considerarse empresa si cumple, según el Proyecto de la Comisión de Guía de Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, los siguientes requisitos: 1) facilita, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, como un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles; 2) se facilita a petición de un destinatario del servicio; 3) implica, como elemento necesario y esencial, la organización de trabajo realizado por personas individuales, con independencia de que dicho trabajo se realice en línea o en un lugar determinado.

Si la “plataforma de trabajo” es una empresa en el sentido de la Guía de Directrices elaborada en 2022 habrá que admitir que en ella puedan prestar servicios trabajadores por cuenta propia o ajena, lo que no es admisible es que el trabajo en plataformas digitales se presuponga siempre trabajo por cuenta propia porque ello conlleva que las personas se vean privadas del acceso a prestaciones y a los derechos asociados a la figura del trabajador por cuenta ajena. El profesor SUPLOT reflexiona en una entrevista reciente si el trabajo de plataforma, está llevando a un resurgimiento de los lazos de lealtad, produciéndose “una especie de re-feudalización de las relaciones humanas”, donde el siervo no era un asalariado, pero los señores feudales se beneficiaban de su actividad, y ello porque la plataforma gestiona, controla y si es necesario desconecta a la persona y, todo ello, sin asumir las responsabilidades patronales<sup>6</sup>.

El legislador español en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, ya manifestó en sus considerandos que las facultades empresariales de dirección, organización o control de la actividad y, en tal sentido, las notas de dependencia y ajeneidad, pueden traducirse en la práctica de forma diferente a las clásicas notas de ajeneidad cuando la empleadora asume los riesgos de la operación y es beneficiaria de sus frutos, realizando una labor de coordinación, organización o control de la prestación u ostentando la potestad sancionadora, y ello aunque sus prerrogativas se manifiesten de forma indirecta o implícita a través de la gestión algorítmica.

Cuando la empresa de plataforma organiza, dirige y controla el trabajo de otros no podemos perdernos en debates sobre si la relación es triangular o no, porque la plataforma no forma parte de una relación triangular, típica de una empresa de trabajo temporal, no se trata de una relación entre trabajador-plataforma-cliente, esa triangularidad es falsa (Resolution on the protection of the rights of non-standard workers and workers in platform companies (including the self-employed), ETUC, October 2020), lo que hay realmente es una relación de trabajo bilateral standard entre la plataforma y la persona trabajadora.

Si la plataforma de trabajo es una empresa ¿por qué la Unión Europea está interesada en regular expresamente las condiciones laborales de las personas al servicio de las plataformas?. Quizás porque la gestión algorítmica que utiliza para organizar a buena parte de sus recursos humanos oculta o dificulta hablar de subordinación de las personas trabajadoras a la plataforma empresarial.

---

<sup>6</sup> Musso, A. entrevista A. Suplot, «Une société qui donne pour idéal à sa jeunesse de devenir millionnaire se condamne à la répétition des crises», L'Humanité, vendredi, 27 mai 2022.

Pero si la dependencia o subordinación se oculta detrás de las formas más novedosas de organización empresarial, como es la gestión algorítmica, cabría replantearse el uso de criterios que no pongan el énfasis en la capacidad del empresario de incidir en la forma y contenido de la prestación y fijarse en la situación que respecto del mercado se colocan las partes de aquella relación de trabajo (Eruofound, Exploring self-employment in the European Union, 2017). Porque, precisamente, el hecho de que el poder de dirección de la empresa esté “algoritmizado”, asignando tareas, dando instrucciones, evaluando el trabajo realizado, concediendo incentivos, imponiendo sanciones, en definitiva, dirigiendo y organizando la actividad laboral, sólo conlleva la necesidad de otorgar derechos específicos a estas personas, no que sean expulsados forzosamente del marco del trabajo por cuenta ajena<sup>7</sup>. El trabajador de plataformas no es una nueva categoría de trabajador per se, es el trabajador de siempre que se sirve de las nuevas tecnologías para realizar su trabajo, en este sentido se pronunció la ETUC Resolution on the protection of the rights of non-standard workers and workers in platform companies (including the self-employed) 28-29 October 2020, que proponía que se reconociera que las plataformas son empleadores que emplean trabajadores por cuenta ajena.

#### **4. AMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL Y A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

Una vez revisado en qué consiste el negocio de las plataformas digitales, la diversidad de formas de trabajo que éstas albergan porque los intereses de las personas que prestan servicios para ellas también son distintos y la tendencia reconocida por Europa, a que las plataformas presupongan que todos sus prestadores de servicios son trabajadores por cuenta propia, nos lleva a preocuparnos por la dificultad que estas personas tienen para disfrutar de derechos colectivos reservados al trabajo por cuenta ajena, fundamentalmente, el derecho a la negociación de sus condiciones de trabajo.

Empezaremos identificando qué sujetos están legitimados para el ejercicio de derechos colectivos en la normativa internacional donde encontramos una normativa muy flexible al respecto, mientras que en la comunitaria teníamos una interpretación muy restrictiva de los sujetos legitimados para negociar que está empezando a cambiar. Se están produciendo avances en la Unión Europea referidos, precisamente, a la extensión de algunos de estos derechos colectivos a personas trabajadoras de plataformas digitales y a personas por cuenta propia sin asalariados a su cargo.

##### **4.1. Los derechos colectivos en el marco de la OIT**

El derecho a la libertad sindical se encuentra en el centro de los valores de la OIT. Están consagrados en la Constitución de la OIT (1919) y en la Declaración de Filadelfia de la OIT (1944). Así mismo, están expresamente reconocidos en el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948) y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949). A ellos se añade, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998<sup>8</sup>), que afirma que los derechos citados son de obligado cumplimiento por todos los Estados que han aceptado la Constitución de la OIT, independientemente, de que hayan ratificado o no los convenios fundamentales en los que se exigen.

<sup>7</sup> El grado de flexibilidad que implica el trabajo en plataformas es uno de los principales riesgos asociados a la gestión algorítmica, porque es un reto reclasificar a las personas, calificadas de autónomas de forma errónea: Piasna, A., Zwysen, W., Drahekoupil, J., *La economía de plataformas en Europa*, ETUI, 2021.

<sup>8</sup> Aprobada en la 86ª Conferencia de la OIT, 1998.

Los Convenios n° 87 y 98 OIT han sido interpretados en numerosas ocasiones por el Comité de Libertad Sindical (CLS), advirtiendo que el art. 2 del Convenio n° 87 establece que los trabajadores sin distinción tienen derecho a elegir organización a la que asociarse, que el propio art. 3 de este Convenio prohíbe que se le impongan trabas administrativas para fundar sindicatos y asociarse a ellos, aun aceptando algunas formalidades para la creación de un sindicato, que no vulneraría este precepto, pero manifiesta el CLS que es contrario al citado Convenio impedir los sindicatos de trabajadores autónomos (Caso n° 2868, Panamá, queja de 6 de Junio 2011). En algún caso específico como el n° 3048 (Panamá), queja de 30 de Septiembre 2013, el CLS considera que no se puede impedir a los trabajadores autónomos su derecho a asociarse al sindicato de su elección porque podría hablarse de « discriminación por ocupación ».

La centralidad de estos derechos colectivos en todo tipo de relaciones de trabajo se demuestra en varios informes que se han elaborado por la OIT al respecto, tales como, –“La libertad de asociación y libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas” (2008), “Su voz en el trabajo”, (2000), “Organizarse en pos de la justicia social”, (2004), o “Dar un rostro humano a la globalización” (2012), todos ellos son de sumo interés y advierten que la única manera de lograr un “trabajo decente” para todas las mujeres y hombres en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana, es que todos los trabajadores tengan la posibilidad de disfrutar de derechos colectivos. Expresamente, en el informe “La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas”<sup>10</sup> se dice:

« Los órganos que controlan la OIT han insitado siempre en el hecho de que todos los trabajadores, sin ninguna distinción, cualquiera que sea su estatuto, que sean trabajadores independientes, empleados de dirección o trabajadores de cooperativa, deben disfrutar del derecho a crear sindicatos y adherirse a los de su elección. Esto es muy importante para las categorías de trabajadores más vulnerables para los cuales el derecho a organizarse es un medio para salir de la marginación y la pobreza ».

No obstante, la propia OIT conoce los retos que se le siguen planteando en el reconocimiento de estos derechos como los fenómenos de desestandarización del trabajo, donde se puede ubicar al trabajo en plataformas digitales.

## 4.2. Los derechos colectivos en el marco de la Unión Europea

El art.12.pár.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”. Como se deduce de las Explicaciones relativas a la Carta de Derechos Fundamentales (2007/C 303/02), el art.12, pár. 1º reproduce lo previsto en el art. 11 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Estas disposiciones tienen, por lo tanto, el mismo significado que en el citado CEDH, por ello “su alcance es más amplio, ya que se pueden aplicar en todos los niveles, incluido el europeo”.

El ámbito de aplicación del art. 12, pár. 1 CDFUE debería, por tanto, coincidir con el citado en las fuentes supra-nacionales y con lo previsto en las Constituciones nacionales. Al respecto, recordemos que ninguna disposición de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “debe ser interpretada de forma limitativa o perjudicial de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas, en el respectivo ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Derecho internacional, de los convenios internacionales de

<sup>9</sup> OIT, 97ª Reunión, 2008.

<sup>10</sup> Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 2008.



los que la Unión, la Comunidad o todos los Estados miembros son parte contrayente, en particular, el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y de las constituciones de los Estados miembros”(art. 53 CDFUE).

En consecuencia, toda persona, independientemente de si participa en una actividad laboral por cuenta propia o por cuenta ajena, debe tener derecho a afiliarse, adherirse o a crear una organización para la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores.

Además la Corte de Justicia ha afirmado, en repetidas ocasiones, que la libertad sindical “implica, según los principios generales del Derecho del Trabajo, no sólo la facultad de los trabajadores de constituir libremente asociaciones a su elección, sino también la facultad de dichas asociaciones de llevar a cabo, dentro de los límites de la legalidad, cualquier actividad que sea necesaria para la protección de los intereses profesionales de sus miembros” (sentencia TJCE de 18 Enero 1990, causas reunidas C-193/87 e 194/87, Maurissen, par. 13). Por tanto, «las instituciones y los organismos de la Comunidad no pueden prohibir a sus empleados afiliarse a un sindicato o asociación profesional y participar en la actividad sindical o penalizarlos, en modo alguno, a causa de dicha adhesión o de dicha actividad» (par.14).

Por otro lado, el art. 28 de la CDFUE ha reconocido expresamente “el derecho a negociar y concluir convenios colectivos a los niveles apropiados, y a recurrir, en caso de conflicto de intereses a acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga”. Como es bien sabido, el problema actual se refiere a las restricciones a las que están sujetos estos derechos para que se les considere conformes con la legislación de la Unión Europea (TJUE, C-271/08, pár.38; Orlandini).

En el Informe que elabora el Parlamento Europeo a la “Agenda europea para la economía colaborativa”, de 11 de Mayo de 2017, (COM (2016) 356), se observa claramente, la preocupación por tutelar los derechos de los trabajadores en el sector de los servicios colaborativos, garantizándoles, en primer lugar, el derecho de los trabajadores a organizarse y el derecho a la acción y a la negociación colectiva de conformidad con la legislación y la práctica nacional, “todos los trabajadores de la economía colaborativa son, o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia, según la primacía de los hechos, y se les debe clasificar en consecuencia; en él se insta a los Estados miembros y a la Comisión a que en sus respectivos ámbitos de competencia, garanticen condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa, con independencia de su estatus” (pár. 39). El Parlamento europeo ha subrayado también “la importancia de garantizar a los trabajadores autónomos, cuyo número va en aumento y que son actores fundamentales de la economía colaborativa, los derechos fundamentales y una adecuada protección social, que comprenda el derecho de acción y de negociación colectiva, incluso en lo que respecta a su retribución” (par.41).

La preocupación del Parlamento surge desde que en el ámbito del derecho de la competencia de la UE, los trabajadores autónomos son considerados empresas<sup>11</sup>. El concepto empresa comprende cualquier sujeto que ejerce una actividad económica, independientemente del status jurídico de este sujeto y de la modalidad de su financiación (Sentencia 14 Diciembre 2006, Asunto C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punto 39)<sup>12</sup>. El problema se presenta cuando únicamente se atiende a la denominación sin detenerse en su actividad real, nos estamos refiriendo a

<sup>11</sup> La Corte de Justicia, en particular, cuenta con pronunciamientos en relación a abogados (TJUE, C-309/99, pár. 49); y a médicos especialistas (sentencia 12 septiembre 2000, causas reunidas C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros., pár.77).

<sup>12</sup> «Constituye actividad económica cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado» (sentencia de 12 settembre 2000, causas reunidas C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, punto 75).

las personas trabajadoras por cuenta propia, que no deciden de forma independiente su comportamiento en el mercado sino que dependen completamente de una empresa, ya que no asume ninguno de los riesgos financieros o comerciales derivados de la actividad de éste y opera como auxiliar dentro de la empresa, de modo que su independencia es meramente ficticia, por lo que existe dependencia económica. Con la normativa comunitaria actual, estas personas trabajadoras por cuenta propia estaban excluidas de alcanzar acuerdos colectivos para la mejora de sus condiciones de trabajo, considerando que la ley de la competencia prohíbe que una cláusula convencional establezca una mínima retribución para los trabajadores/as autónomos/as.

El TJUE en la Sentencia de 4 diciembre 2014, Asunto FNV Kunsten) C-413/13, pár. 33, ha argumentado por qué razón estima que es posible compatibilizar los acuerdos colectivos de determinadas personas por cuenta propia con el derecho de la competencia. El prestador de servicios que actúa de forma autónoma en el mercado, pero “depende completamente de su comitente, por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales derivados de la actividad económica de este último y actúa como auxiliar integrado en la empresa de dicho comitente” podría ser considerado “falso trabajador autónomo”<sup>13</sup>. A juicio del Tribunal comunitario, las disposiciones de un convenio colectivo que regulen las condiciones de trabajo para los “falsos autónomos” no están sujetas al art. 101. pár 1 TFUE; en ese caso se aplica, de hecho, la excepción elaborada para el TJUE sentencia 67/96 (Asunto Albany). Un convenio colectivo firmado por “una organización de trabajadores en nombre y por cuenta de prestadores autónomos que están afiliados a él, no es el resultado de una negociación colectiva entre los interlocutores sociales”, y no puede ser excluido del ámbito de aplicación del art. 101, pár.1 TFUE.

## 5. LA PROPUESTA DE AMPLIACIÓN COMUNITARIA DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La necesidad de extender el derecho a la negociación colectiva a determinadas personas trabajadoras que estaban siendo excluidas, pese a su débil posición en la empresa justificó algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitiendo la posibilidad de alcanzar acuerdos colectivos de condiciones laborales de personas trabajadoras autónomas sin vulnerar el derecho de la competencia de la UE (art. 101 TFUE) y el “Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales” (COM (2021) 102 final), que preocupado expresamente por la persona trabajadora de la plataforma se compromete a iniciar la actividad legislativa -Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales (2021) y el Proyecto de Comunicación de la Comisión — Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, que tratan de facilitar la negociación colectiva y evitar la precariedad de las condiciones laborales de determinados colectivos de personas trabajadoras<sup>14</sup>-.

<sup>13</sup> La orientación expresada en la Corte de Justicia es ahora seguida por la Corte holandesa (en la cuestión prejudicial del caso *FNV Kunsten* que había sido planteada por un juez holandés): véase, Tribunal Midden, 20.7.2015, citado por Jacobs A., *The right to strike and the atypical worker / new forms of work*, 2017, <http://elw-network.eu/wp-content/uploads/2017/06/Jacobs-speech.pdf>. Sobre trabajadores autónomos en Holanda véase también la *Raccomandazione sul programma nazionale di riforma 2017 dei Paesi Bassi e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2017 dei Paesi Bassi* (COM (2017)518) en los cuales se invita al país a “afrontar la gestión del fuerte aumento de trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo”.

<sup>14</sup> Como señaló A. Supiot en la entrevista de L’Humanité al referirse a los trabajadores de plataformas “c’est la négociation de branche et elle seule qui permet de tirer vers le haut à la fois cette qualité et le pouvoir d’achat”, realizada

### 5.1. Las personas trabajadoras en plataformas de trabajo

Como ya hemos señalado, la Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo en trabajo de plataforma reconoce que nueve de cada diez plataformas activas en la UE clasifican a las personas trabajadoras en el régimen de trabajadores por cuenta propia o autónomos, calculando la Comisión que hasta cinco millones y medio de estas personas podrían estar clasificadas en un régimen erróneo (COM(2021) 761 final, de 9 Diciembre 2021).

Si el legislador comunitario parte de la premisa de que las plataformas califican erróneamente a su personal, nos encontramos que son muchos los casos en los que estas plataformas dejan de asumir su responsabilidad como empleador y eluden la normativa aplicable a una relación de trabajo por cuenta ajena junto a los derechos y beneficios asociados a la misma.

La Propuesta de Directiva constata el hecho de que las empresas de plataforma inscriben a las personas trabajadoras en el régimen por cuenta propia y elude referirse a las razones por las que esto sucede. Por lo que nos vamos a permitir recordar que estas prácticas de organización del trabajo de las plataformas no son realmente novedosas porque la división de los puestos de trabajo en pequeñas tareas poco cualificadas es simplemente “vino viejo en botellas nuevas”<sup>15</sup>. Estas formas de prestación de servicios que huyen del Derecho del Trabajo ya se vieron en el capitalismo temprano de Europa Occidental hasta el siglo XIX aproximadamente, con la producción a domicilio, el trabajo a la carta, el trabajo a destajo o un modelo de negocio basado en la intermediación. En consecuencia, las plataformas de trabajo digital no son neutrales o ajenas a estas prácticas, de forma que entendemos que su organización del trabajo en tareas aisladas, discontinuas, de corta duración, etc. sólo siguen la tendencia de las empresas de colocar la mano de obra fuera de la red del Derecho del Trabajo.

Las consecuencias de esta forma de organización del trabajo de plataformas ya se han identificado en algunos estudios consultados y es que los ingresos en este tipo de trabajo son muy bajos y la posición de los trabajadores que viven exclusivamente de esta modalidad de trabajo está por debajo del nivel de pobreza (Resolution on the protection of the rights of non-standard workers and workers in platform companies (including the self-employed, CESE, Octubre 2020).

Para evitar la precariedad en las plataformas de trabajo el legislador comunitario propone en la Propuesta de Directiva que la situación laboral -cuenta ajena o cuenta propia- de la persona que trabaja para la plataforma se identifique basándose en los hechos, independientemente de la existencia de un contrato escrito o de sus condiciones de trabajo, ello siguiendo las recomendaciones de la OIT (Recomendación de la OIT nº 198 sobre la Relación de trabajo 2006). La norma comunitaria atiende a la primacía de los hechos (forma de ejecución del contrato y la remuneración) y reconoce la “presunción de laboralidad” (art.4 de la Propuesta de Directiva).

Los hechos que identifican una relación laboral están vinculados con quien tiene el control de la ejecución del trabajo, de forma que cuando se den dos de los indicios que citaremos a continuación se “presumirá que existe relación de trabajo por cuenta ajena”:

1) la plataforma fija la remuneración, 2) la plataforma impone formas de ejecución -vestimenta, conducta...- 3) la plataforma controla el resultado, 4) la plataforma restringe

por A. Musso, «Une société qui donne pour idéal à sa jeunesse de devenir millionnaire se condamne à la répétition des crises», *L'Humanité*, 27 de Mayo de 2022.

<sup>15</sup> Kurt Vandaele, B., *¿Sobrevivirán los sindicatos en la economía de plataformas?*, ETUI, 2018

la libertad de la persona en la forma de organizarse el trabajo, 5) la persona trabajadora no puede tener base de clientes propia.

En la Propuesta de Directiva se establece una “*presunción iuris tantum*” de forma que cuando concurren dos de las citadas circunstancias la persona trabajadora calificada “por cuenta propia” podrá solicitar que se le reclasifique por “cuenta ajena”. No obstante, la plataforma podrá probar que no es así y negarse a la reclasificación del trabajador si demostrara que tales indicios no concurren.

Ahora bien, el legislador comunitario no impone a las empresas que revisen y reclasifiquen en atención a los hechos citados, sino que se lo encarga a las propias personas trabajadoras de la plataforma. En la transposición de la futura Directiva por parte de los Estados, éstos pueden ser más exigentes y legalmente reconocer la laboralización de la relación de trabajo cuando se den dos de las notas citadas, de forma que, por ejemplo, cuando exista una contraparte que abone una retribución y que organice, dirija y controle la actividad, incluso a través de algoritmos, se obligue a la plataforma a reconocer a la persona como “cuenta ajena”. Sólo de esta forma, la persona trabajadora disfrutará del conjunto completo de derechos garantizados a los trabajadores, como, por ejemplo, salario mínimo nacional o sectorial cuando proceda, derecho a un tiempo de descanso garantizado, vacaciones pagadas o la protección de la salud y la seguridad social.

A nuestro juicio, la futura Directiva debería optar por dar un plazo razonable para que la empresa de plataforma reclasifique ella misma a aquellas personas a su servicio que reunieran dos de los elementos citados que demuestren su laboralidad y una vez transcurrido ese plazo que fueran las propias personas trabajadoras que no hayan sido reclasificadas y que consideren que lo están erróneamente las que impulsaran su reclasificación.

Para impulsar esa acción por parte de las plataformas de trabajo se podría prever alguna sanción administrativa para las incumplidoras, es decir, sancionar a aquellas plataformas que una vez haya transcurrido el plazo para recalificar como trabajo por cuenta ajena determinados puestos de trabajo, continúen denominándolo “trabajo por cuenta propia”. Sin embargo, la Directiva no tiene carácter punitivo, sólo advierte de los hechos que pueden demostrar la existencia de trabajo por cuenta ajena para dar oportunidad a las personas trabajadoras de solicitar esa categoría ante la propia plataforma, sin perjuicio de que la negativa de ésta a hacerlo justifique una demanda ante los tribunales.

La norma comunitaria requiere una actividad por parte de las personas trabajadoras, que tendrán que solicitar su reclasificación aunque les garantiza que no sufrirán represalias por este tipo de acciones, porque el propio art. 18 de la Propuesta de Directiva protege del despido a los trabajadores que soliciten su “reclasificación” en el marco del trabajo por cuenta ajena.

Los Estados pueden ser más concluyentes y actuar como ya ha hecho España en la Ley 12/2021, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, que en su art. 2 señala que “la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”. Automáticamente, el legislador califica de laborales las relaciones de los repartidores de plataformas cuando haya una retribución y el trabajo sea controlado, dirigido y organizado directamente o por algoritmos.

Ahora bien, el legislador comunitario es consciente de que en la transposición de la Directiva no todos los Estados van a optar por esta solución, que muchos de ellos van a

dejar en manos de la persona trabajadora la solicitud de la reclasificación correcta y que muchas personas van a quedarse trabajando en plataformas como autónomas sin ejercer el derecho a solicitar su reclasificación, por este motivo, cobra sentido que la Comisión Europea haya trabajado en otro documento (Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los acuerdos colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, 2022/C 123/01 de 18 de marzo 2022) en el que indica cuando estos autónomos “erróneamente” calificados, pueden negociar sus condiciones de trabajo.

## 5.2. Caracteres de las “personas autónomas sin asalariados” legitimadas para negociar

La ampliación del derecho a la negociación colectiva a otras personas trabajadoras que han sido calificadas por cuenta propia, teniendo en consideración la amplia gama de actividades remuneradas que pueden llevarse a cabo en plataformas y que pueden quedar fuera del marco de las relaciones laborales estándares era una necesidad<sup>16</sup>.

Como ya hemos señalado, el trabajo de las plataformas suele ser de corta duración, está basado en tareas y la fluctuación de la demanda y la oferta es muy elevada, por todo ello, la clasificación errónea de la persona trabajadora en el régimen de autónomos puede no quedar resuelto con el impreciso concepto de “trabajador/a” de la Propuesta de Directiva, porque muchas personas trabajadoras pueden no solicitar la reclasificación en el régimen general y de esta forma quedar expuestas del derecho a la negociación colectiva.

Para solventar este problema, en las Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a condiciones de trabajo de personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (DOUE 18 de marzo 2022), se acogen los criterios de la jurisprudencia de la UE y se amplía el derecho a la negociación colectiva a trabajadores autónomos sin asalariados, identificando los requisitos que deben cumplir para no conculcar el art.101 del TFUE (norma antimonopolio):

- Que se trate de personas autónomas sin trabajadores a cargo económicamente dependientes, que no puedan influir por sí solos en sus condiciones laborales por encontrarse en una posición de debilidad frente a la empresa, para identificar cuando están en esa situación, la Comisión señala que en este caso estará cuando, al menos, el 50% de sus ingresos provengan de un único pagador. Este argumento se esgrimió en la sentencia del TJUE de 4 diciembre 2014, (Asunto FNV Kunsten) C-413/13, al reconocer que “un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y, por tanto, de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo” (Considerando 33).
- Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados “codo con codo” con otros trabajadores/as por cuenta ajena (es decir, que el autónomo ofrezca similares servicios a otros dentro de la empresa). En el Asunto FNV Kunsten se deja fuera del ámbito de aplicación del 101 TFUE apartado 1, la disposición de un convenio colectivo que establezca unos honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios que esté afiliado a una de las organizaciones de trabajadores que celebran dicho convenio y que a través de un contrato por obra o servicio realice para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena, pensando que

<sup>16</sup> Piasna, A., Zwysen, W., Drahokoupil J., *La economía de plataformas en Europa*, ETUI, 2021

este prestador sea un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores.

- Personas que presten servicios por cuenta propia a través de plataformas digitales de trabajo, porque éstas tienen poco o ningún margen para negociar sus condiciones laborales, admitiendo el legislador que: “las plataformas digitales de trabajo pueden imponer unilateralmente las condiciones de su relación, sin informar o consultar previamente a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados”.

Con estas Directrices se trata de resolver el desajuste entre la legislación antimonopolio de la UE y la legislación laboral de la UE, que excluye a los trabajadores/as autónomos del derecho a la negociación colectiva, asumiendo las pautas que había dado el TJUE recientemente en algunos asuntos. En los primeros asuntos del TJUE en los que se hizo la excepción de la aplicación del Derecho europeo de la competencia fue en el Caso Albany (C-67/96), al establecer que, cuando el principio de competencia entra en conflicto con la política social, el convenio colectivo de los trabajadores no entra dentro del ámbito de aplicación de la legislación sobre competencia. El siguiente asunto decisivo ha sido el de FNV Kunsten (C413/13) en el que se afirmó la compatibilidad de la legislación europea sobre competencia con la negociación colectiva y se dictaminó que ciertos trabajadores autónomos eran «falsos autónomos». Esto tiene especial importancia para el trabajo en las plataformas, puesto que permite tratar a los falsos trabajadores autónomos de las plataformas como si fueran trabajadores por cuenta ajena.

Estas Directrices parten de la premisa de que la fijación de salarios nunca debe considerarse como una fijación de precios, tratando de proporcionar seguridad jurídica sobre la aplicabilidad del Derecho de la competencia de la UE a la negociación colectiva por parte de los autónomos.

Con esta Directrices se consigue que las normas de la competencia no prevalezcan sobre los derechos fundamentales, y que hubiera que recurrir a excepciones al derecho de la competencia para que los trabajadores, considerados suficientemente vulnerables o dependientes, puedan ejercer un derecho fundamental. Atendiendo al interés público, a los beneficios sociales que aportan los convenios colectivos en términos de equidad, igualdad de condiciones y progreso social hay que admitir que los convenios que cubren a los trabajadores atípicos y a los trabajadores de las empresas de plataforma (incluidos los autónomos) quedan totalmente fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE y de las normas nacionales de competencia. Y ello porque una aplicación estricta de este precepto supondría ignorar los desequilibrios de poder subyacentes y privaría a las personas vulnerables en el mercado laboral de acceder a unas condiciones dignas a través de los convenios colectivos. El desequilibrio de poder entre las plataformas y los trabajadores debe abordarse a través del diálogo social y la negociación colectiva (Dictamen del CESE “Trabajo digno en la economía de plataformas”, C 429/173 (DOUE 11/12/2020).

## 6. CONCLUSIONES

Diferentes informes de la Comisión Europea han manifestado una preocupación expresa por el trabajo en plataformas porque es una de las formas de trabajo en expansión más precarizada y con más dificultades para negociar sus condiciones laborales. Como señala el EUROFORUM estamos asistiendo a un momento de fascinación por la innovación tecnológica cargada de expectativas en aras a alcanzar una sociedad más avanzada, capaz de obnubilar y justificar por sí misma la negación del trabajo y su función sociopolítica, banalizando en última instancia la condición de trabajador por cuenta ajena,

así como, el sujeto colectivo de representación de sus intereses. Lo que provoca que resulte extremadamente difícil comprender estas estrategias empresariales creadoras de escasez, precariedad y pobreza en una economía altamente voluble y cada vez más compleja (“Exploring self-employment in the European Union, 2017”).

El legislador comunitario se preocupa en su Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo en trabajo de plataforma, por identificar los elementos que convierten al trabajo en plataformas en “trabajo por cuenta ajena”, sabiendo que las estadísticas demuestran que la mayoría del trabajo que se realiza en éstas se califica de trabajo autónomo, expulsándoles del derecho a la negociación colectiva. Sin embargo, el esfuerzo de la norma comunitaria por señalar cuáles son los cinco indicios que justificarían la reclasificación de la persona trabajadora autónoma de plataforma en trabajadora por cuenta ajena puede ser insuficiente cuando dicha reclasificación queda al arbitrio de la voluntad de la persona.

Por esta razón, necesitamos que las leyes estatales de transposición de la futura Directiva sean más contundentes y claras, de forma que la propia empresa de plataforma esté obligada a considerar trabajador por cuenta ajena a todas aquellas personas que presten servicios para ella siempre que se den dos de los cinco requisitos citados sin necesidad de que lo soliciten expresamente. Incluso, apuntamos la necesidad de que la normativa estatal prevea sanción a las plataformas que no reclasifiquen en un periodo determinado.

Ahora bien, como no sólo en el trabajo en plataformas encontramos autónomos que no podían negociar sus condiciones laborales, porque también en otros sectores encontramos autónomos dependientes que quedaban excluidos del derecho colectivo a la negociación por las previsiones del art. 101 TFUE, el ordenamiento comunitario está avanzando considerablemente para extender a estas personas trabajadoras el derecho a la negociación colectiva siempre que reúnan ciertas características -Guía de Directrices-

En definitiva, se están dando pasos adelante en el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de ciertos colectivos, como los autónomos dependientes, reconociendo que pueden ser un “*tertium genus*” de personas trabajadoras, pero la preocupación está limitada al derecho colectivo de la negociación, dejando a un lado otros derechos colectivos, también fundamentales, como el derecho a la huelga.

## **EL SALARIO EMOCIONAL<sup>1</sup>**

OLGA GARCÍA COCA

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

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

### SUMARIO:

1. LAS NUEVAS FORMAS DE RETRIBUCIÓN
2. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN JURÍDICA
3. EL SALARIO EMOCIONAL EN LAS ORGANIZACIONES PRODUCTIVAS
4. CONSIDERACIONES FINALES

---

<sup>1</sup> Proyecto I+D+I del Ministerio: “El salario en el contexto de la globalización, las nuevas formas de organización empresarial y la economía digital”



## 1. LAS NUEVAS FORMAS DE RETRIBUCIÓN

Las organizaciones del siglo XXI no solo deben pensar en generar utilidades y posicionar sus productos o servicios en el mercado, también deben considerar aspectos propios de la gestión del talento humano. Por este motivo se hace necesario estudiar otras formas de retribuir el trabajo que van más allá del conocido salario monetario y que pueden integrar factores para aquellas empresas que quieran encontrar un equilibrio entre lo laboral y lo personal. La política de retribuciones usada popularmente por las empresas se ha basado exclusivamente en la contraprestación económica. El sueldo ha sido desde un inicio el principal factor motivador y casi el único premio a cambio del esfuerzo del trabajador.

En la actualidad, con tan solo ofrecer un salario atractivo para los trabajadores no es suficiente. Cada vez más candidatos y empleados que conforman la plantilla tendrán mayores exigencias al momento de decidir si se incorporan o permanecen dentro de una empresa. Entender el concepto de retribución en sí mismo, no implica mayores desafíos, ya que se trata nada más ni nada menos, que de la percepción salarial que reciben los trabajadores una vez que finaliza el mes o el período que corresponde ser pagado, de acuerdo con lo que establezca el convenio colectivo aplicable al sector o empresa dónde desarrollen su prestación de servicios. Naturalmente, la retribución es uno de los principales motores que impulsan a las personas a buscar nuevos empleos, incorporándose a una empresa cuando ésta publica una oferta de trabajo o, simplemente, decidir permanecer en la misma.

Es evidente que, una vez atravesada la crisis del COVID-19 los trabajadores comienzan a valorar otros factores para entrar a formar parte de una organización, analizando otras posibilidades de retribución y otros aspectos vinculados a la forma de trabajar como la posibilidad de pasar más tiempo fuera de la oficina gracias a modalidades como el teletrabajo o trabajo híbrido o el clima laboral y la sostenibilidad empresarial.

Muchos expertos coinciden en que los sistemas clásicos de retribución son claramente insuficientes en los actuales entornos empresariales. Es preciso aportar por nuevas tendencias de retribución para poder alcanzar el enfoque de compensación total al trabajador, atendiendo no sólo a las retribuciones dinerarias sino también otras en especie o incluso de tipo emocional, y en el mismo entran elementos retributivos tanto cuantitativos como cualitativos<sup>2</sup>.

No obstante, la retribución se está convirtiendo, a la hora de optar a sus distintas formas, en un concepto voluble y variable y por qué no decirlo casi adaptado, en ocasiones a un determinado perfil atendiendo a sus circunstancias personales. Parece que ese puede ser uno de los objetivos de los distintos tipos de retribución entre los que se encuentra el salario emocional, pues hoy día se valoran otros elementos a la hora de compensar el trabajo, ya que se considera que el mejor trabajo no debe corresponderse con el que tiene un sueldo más alto, sino el que otorga al empleado más ventajas.

En ese sentido se puede decir que las otras formas de retribución no sólo valorar el rendimiento y la productividad, sino que también estiman la conducta, competencias, la formación y definitivamente, el desempeño del trabajador. Obviamente los salarios económicos siguen siendo un valor importante y una fuerte motivación a la hora de elegir un empleo, pero hace tiempo que ha dejado de ser el factor decisivo a la hora de retener al talento, ya que hay que añadirle otros elementos que ayudan a crecer personal y profesionalmente. La falta de flexibilidad laboral o de autonomía pueden provocar

---

<sup>2</sup> Fuente: <https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/10480858/04/20/Que-es-lo-ultimo-en-retribucion-Las-empresas-buscan-nuevas-formas-de-pagar-el-trabajo-de-sus-empleados.html>

insatisfacción, por lo que hoy, el talento se motiva gracias al salario emocional tanto o más que a partir de la parte económica<sup>3</sup>.

## 2. EL SALARIO EMOCIONAL: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN JURÍDICA

Se entiende por salario emocional todas las retribuciones que no son económicas y que tienden a mejorar la calidad de vida, fomentar la conciliación laboral, de forma que los trabajadores pueden así satisfacer sus necesidades personales y familiares. A diferencia del salario económico, el emocional es el que va a motivar a un trabajador en implicarse y comprometerse con el proyecto empresarial. Es decir, el término hace referencia a aquellos beneficios tangibles o ventajas intangibles del puesto de trabajo que no quedan reflejados en la nómina, ya sea desde la posibilidad de disponer de un servicio de comedor hasta contar con un buen clima laboral.

Es por ello, que quizás tiene un perfil más individualizado e incluso temporal, ya que se va a ir flexibilizando y adaptando a distintas circunstancias personales, que pueden ir cambiando y ser valoradas por el trabajador en distintos momentos de su carrera profesional. El salario emocional no es concebido como una única forma de retribución, sino, más bien como un complemento una vez que se ha fijado un salario económico acorde a su formación académica y profesional.

Ahora bien, la implantación de un salario emocional en una organización empresarial no puede ser nunca un mecanismo para compensar un salario económico bajo, porque ese hecho puede ser claramente un problema jurídico al no respetar, de este modo, las tablas salariales contempladas en el convenio colectivo de aplicación para esas categorías profesionales. Por lo que debe presentarse como una herramienta que añada valor a la propia retribución del trabajador. De hecho, se considera que contribuye a conseguir una mayor vinculación de los trabajadores en la empresa otorgando un toque humano a la relación laboral entre empresario y trabajador, ya que conduce a lograr un estado más feliz en los empleados propiciando que sean más proactivo y creativos, estableciendo un ambiente laboral muy positivo<sup>4</sup>.

Lógicamente, el nacimiento de esta particular forma de retribución tiene su origen en la valoración, por parte de los trabajadores, de otras variantes que van más allá de un sueldo económico, como la flexibilidad de horarios, capacitaciones, beneficios sociales, clima organizacional, etc. El reconocimiento de estas variables, las cuáles no representan un gran coste empresarial, están relacionadas directamente con el aumento de la productividad y la obtención de mejores resultados de negocio, por lo que en cierto modo desde un punto de vista empresarial también se consideran satisfactorias dentro de la propia organización.

En este contexto, el salario emocional no tiene otro fin más que construir una vida más saludable, productiva y significativa para los trabajadores y lograr así que compaginen su vida laboral y personal, incrementando los estándares de calidad en el empleo de las empresas. Y a modo de conclusión, la autora comenta que la paga del salario emocional lo utilizan aquellas empresas que buscan incrementar sus estándares de calidad y productividad, y al a vez procuran disminuir los índices de ausentismo y rotación. Por tanto, el salario emocional es una de las patas fundamentales para mejorar el rendimiento

<sup>3</sup> Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55983345>

<sup>4</sup> Nicolás, M.A.: "El salario emocional", *Agricultura: Revista agropecuaria y ganadera*, ISSN 0002-1334, N° 945, 2011, págs. 692-693.

de los empleados reduciendo los costes que supone sustituir empleados descontentos, desmotivados o con un alto nivel de absentismo<sup>5</sup>.

## 2.1. Estructura del salario emocional

Como toda forma de retribución el salario emocional parte de una estructura concreta y determinada de hecho, lo lógico<sup>6</sup> es que se organice en dos categorías como son, primero, la retribución no tangible y no económica y, segundo, los beneficios sociales. Ambas categorías deben ser tenidos en cuenta por la empresa para la mejora del trabajador en su ámbito personal y profesional. Las empresas españolas consultadas<sup>7</sup> aplican medidas, determinadas en su convenio colectivo, relacionadas con el salario emocional para aplicar mejoras en la estructura y funcionalidad de la empresa que beneficien el equilibrio del tiempo personal y profesional de sus trabajadores.

El problema que puede presentar este tipo de retribución es la dificultad de cuantificación, pues se trata de aspectos que van más allá de los monetarios que tienen como objetivo aumentar el valor de la persona como ser humano y como trabajador. Sin embargo, la segunda categoría sí puede cuantificarse en un valor económico y tangible, aunque no se puede intercambiar por su coste y, por ello, los trabajadores sólo pueden beneficiarse de su utilidad. Se trata de los beneficios sociales que las empresas facilitan a sus trabajadores frente a necesidades temporales que les puedan surgir. Los tickets restaurante, los cheques para la formación de los hijos entre 0 y 3 años, los descuentos en polideportivos o beneficios de los productos o servicios de la propia empresa, son algunos ejemplos de salario emocional. La filosofía de dicha retribución reside en la mejora voluntaria, por parte de la empresa, de todo aquello que está determinado por ley y que es el mínimo exigible. Estos beneficios se aplican a los trabajadores de manera personalizada, ya que surgen de la necesidad de conciliación de los mismos empleados, por lo que su aplicación nace, por tanto, de la cobertura de las necesidades del trabajador y, por este motivo, aun aplicando la misma política, ésta será individualizada y específica para cada uno de ellos. Cabe recordar, de nuevo, que las políticas de conciliación laboral están, también, relacionadas con la capacidad económica de la empresa<sup>8</sup>.

## 2.2. Características y factores determinantes de su configuración

Las empresas han ido poco a poco asumiendo el reto de motivar a sus trabajadores de la misma forma que intentan implantar medios para mantener sus ventas, pues en cierto modo una buena estrategia motivadora influye en el aumento de la productividad y el crecimiento empresarial. En este sentido, resulta primordial identificar aquellas características fundamentales del salario emocional para que las necesidades de los empleados sean cubiertas, pues un trabajador desmotivado repercutirá de manera negativa en el éxito de la organización.

<sup>5</sup> Aranguren, B. (2020). *El salario emocional como estímulo para la retención de talento*. ORH.; Puyal, F. G. "El salario emocional, clave para reducir el estrés", *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, núm. 33, 2006, pp.44-47.

<sup>6</sup> Chow, R. *The Global Added Value of Flexible Benefits*. *Benefits Quarterly*, pp. 17–20; Drucker, P. F. *La empresa en la sociedad que viene*. Barcelona: Urano S.A, 2002.

<sup>7</sup> En este sentido, tal y como señala un informe de Infojobs, aunque en el 79% de los casos la motivación principal para querer cambiar de empleo en 2020 fue el salario, el 55% de los empleados se plantearon dejar su puesto de trabajo para poder disponer de un horario más flexible, ya que el 54% buscaba una mayor conciliación de la vida personal y laboral. De hecho, para el 35% de los jóvenes de 18 a 24 años el sueldo no es el elemento principal para aceptar un puesto de trabajo, algo que no sucede en el caso de los empleados de 55 a 64 años, de acuerdo con el Employer Brand Research 2021 de Randstad.

<sup>8</sup> Soler y Blanch, G. *El salario emocional para el equilibrio de la vida personal y profesional en los centros universitarios*, Universidad Ramón LLuch, 2016. pp. 48-50; Mijares García, S. *Retribución fija y retribución variable en el ámbito de la función pública*, Noticias Cielo Laboral, núm. 1 2017.

Además de la autonomía que tienen estos trabajadores a la hora de presentar más libertad para gestionar sus propios proyectos, tiempo y dinero, se une la conexión con la empresa al sentirse valorados de forma global dentro del propio equipo de la organización. Por otra parte, también se consideran características fundamentales de este tipo de salario la posibilidad que se les da a los trabajadores de explorar, hacer las cosas a su modo y que se deje su huella en ese trabajo. Este hecho incrementa que estos trabajadores tengan una aspiración distinta a medio o largo plazo, teniendo mucha vinculación con la empresa al formar parte de ella de una manera más activa. Otro de los aspectos destacables es la posibilidad de que el trabajador disfrute de los que hace y que asistir al trabajo sea más llevadero, al igual que es necesario que ellos sientan inspiración respecto a los valores de la organización, lo cual representa, sin duda, otro de los beneficios de esta forma de retribución.

La motivación que otorga el salario emocional va dirigida también al crecimiento personal del empleado al aprender de los propios errores y crecer como ser humano. Esto unido al crecimiento profesional, pues las personas quieren ser parte de empresas que les permitan aplicar sus talentos y desarrollar sus fortalezas y habilidades para convertirse en mejores profesionales. La satisfacción de haber hecho algo bien y mejorar continuamente adquiriendo nuevos conocimientos a través del tiempo es otra de las búsquedas de los individuos<sup>9</sup>.

Por otra parte, existen factores que determinan la configuración del salario emocional y las ventajas que tiene su incursión dentro de las organizaciones productivas que están relacionados con el reconocimiento, la retroalimentación positiva, el desarrollo de la carrera y el interés por las necesidades del empleado, asimismo, se vinculan ítems propios que tienen relación directa con cada uno de los cuatro factores mencionados. Se configura como un elemento fundamental para atraer y retener el talento, pues el salario emocional incide en esos pequeños detalles que hacen que los trabajadores de unan más a la empresa y que los potenciales candidatos tengan una imagen más atractiva de ella. Otro de los componentes que hacen que este tipo de retribución sea propicia a reducir el absentismo es la motivación que tienen los empleados, lo que contribuye a que acudan al centro de trabajo con más asiduidad y que ello no suponga un gran sacrificio, repercutiendo en la productividad y rendimiento en sus puestos de trabajo y, en definitiva, en la empresa.

Además de esos factores es evidente que un empleado contento con su empresa hace que adquiera una mayor fidelización, logrando una visión y compromiso plenos en el desarrollo de sus tareas, un punto de incalculable valor para la gestión de las compañías.

Como se ha dicho, desarrollar una estrategia de salario emocional es muy económico para las empresas en comparación con otras alternativas. Los resultados son altamente provechosos a pesar del posible coste asociado a la aplicación de los salarios emocionales. Con esta forma de retribución se ayuda a disminuir la rotación de personal colaborando en la retención del talento, siendo esta ventaja un reto para los empleados y candidatos millennials que no conciben quedarse en una empresa más de dos años<sup>10</sup>.

### 2.3. Delimitación y diferencias con el salario en especie

Para poder delimitar el salario emocional, es preciso analizar si en primer lugar se trata de una parte flexible dentro de la estructura salarial y si puede considerarse salario en especie. Como es sabido, las fórmulas de retribución flexible o variable<sup>11</sup> son clave importante para una buena gestión empresarial, pues este sistema permite que el empleado distribuya el

<sup>9</sup> <https://factorial.mx/blog/salario-emocional-que-es/#%C2%BFcuales-son-las-caracteristicas-del-salario-emocional>.

<sup>10</sup> Fuente: <https://www.trianglerrhh.es/que-es-el-salario-emocional-y-por-que-es-clave-para-retener-el-talento/>

<sup>11</sup> Matorras Díaz-Caneja, A. “Variabilidad y flexibilidad salarial, retribución variable y retribución flexible”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 5, 2016.

cobro de su retribución una parte en efectivo y otra a través de productos o servicios que le ofrece la empresa<sup>12</sup>. Se introduce, de esta forma, un factor variable en su consecución y, por tanto, al poder cobrar una parte de la prestación de servicios en productos que ofrece la empresa se puede considerar que esos valores están dentro del salario emocional. Y es que el salario flexible es, en la mayoría de los casos, un buen incentivo empresarial, pues por un lado permite que el poder adquisitivo de los trabajadores aumente, toda vez que el recibir, por ejemplo, vales de despensa, les permite dedicar parte de su sueldo a otras cosas, como puede ser el ahorro, las vacaciones, o el entretenimiento<sup>13</sup>.

A la empresa también le beneficia esta forma de retribución, ya que le permite ofrecer mejores condiciones a sus empleados sin necesidad de incurrir en costes o aumentos salariales en la mayoría de los casos. Habitualmente, el empleado es quien soporta el coste de esta retribución o beneficios dentro de su sueldo pudiendo obtener interesantes reducciones fiscales. De este modo, el empleado puede ver cómo su sueldo se incrementa sin que a la empresa le suponga un gasto<sup>14</sup>.

Respecto a la consideración del salario emocional como salario en especie hay que concretar que el salario en especie<sup>15</sup> se puede recibir siempre que así lo permita una ley, el Convenio Colectivo, se haya pactado en el Contrato de trabajo o posteriormente se pacte entre trabajador y empresa. La empresa lo que no puede hacer es imponer unilateralmente un salario en especie, salvo que venga así dispuesto en el Convenio. El salario se tiene que recibir principalmente en dinero, por lo que existen límites a este salario en especie. Este tipo de salario no podrá ser nunca superior al treinta por ciento del total del salario, y además el salario en dinero no podrá ser nunca inferior al salario mínimo interprofesional.

No obstante, el salario en especie puede ser, en ocasiones, difícil de precisar ya que hay algunas compensaciones que realiza el empresario al trabajador que no tienen tal condición. Para que pueda hablarse de salario en especie se tienen que dar algunas características fundamentales, es necesario analizarlas para observar si el salario emocional podría ser considerado como tal<sup>16</sup>.

En primer lugar, el salario en especie ha de ser susceptible de cuantificación monetaria y debe estar vinculada, claramente, a una relación laboral no se constituye como un acto de liberalidad del empresario, sino que es el pago a través de otros recursos distintos a los económicos de una prestación del servicio que hace un empleado, pero en forma de bien o servicio. En este sentido, esta característica se asemeja a lo que es la esencia del

<sup>12</sup> Es elocuente la definición que incorpora la STSJ Madrid 13 de abril de 1999 (R<sup>o</sup> 1149/1999) que expresamente lo define como: «una compensación que la empresa abona a un determinado trabajador, retribuyendo un mayor rendimiento, una consecución de los objetivos fijados o la realización de sus funciones a plena satisfacción de aquélla, siendo por ello su pago independiente del salario ordinario fijado y generalmente efectuado por años vencidos, es decir después de comprobar la empresa si se han dado los presupuestos a los que la misma anuda su devengo por parte del trabajador».

<sup>13</sup> Fuente: <https://blog.grupocyh.com/blog/es-el-salario-flexible>; <https://www.becas-santander.com/es/blog/salario-emocional.html>.

<sup>14</sup> Mercader Uguina, J. “Flexiseguridad y salario”, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, núm.135, 2018. pág. . 197; García Hernández, R. Remuneración variable, política salarial y negociación colectiva: hacia un nuevo enfoque, *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, núm. 35, 2017, pp. 235-238; Delgado Planás, C. Pin Arboledas, J. R.; Suárez Ruz, E., *¡Págueme como yo quiero!: el uso inteligente de la retribución flexible para directivos*, McGraw-Hill, Interamericana de España, Madrid, 2000, pp. 2-28.

<sup>15</sup> Art. 26 ET: *Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo. En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2, el salario en especie podrá superar el treinta por ciento de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.2. No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.*

<sup>16</sup> Pérez del Prado, D. “¿Qué es el salario emocional? Hacia nuevas fórmulas de acción social empresarial”, *Revista de Información Laboral*, núm.1 2018.

salario emocional, esos productos o servicios que ofrece la empresa también se pueden materializar en algunas de las posibilidades que ofrece el salario emocional, muchas veces vinculados al tiempo libre u otras formas. En segundo lugar, se puede decir que el salario en especie nace para retribuir a un concreto trabajador con unas características únicas y determinadas, siendo estos servicios que se ofrecen en la carta de retribuciones gratuitos para ese trabajador o tener un precio inferior a su valor en el mercado. Teniendo en cuenta este nuevo rasgo del salario en especie se puede decir que, al adaptar el salario emocional a cada trabajador, según la estrategia que pueda motivarlo más a la hora de realizar el trabajo, se presenta también como un valor modulable y variable para cada empleado.

Por otra parte, están fuera de las retribuciones en especie aquellas dirigidas a compensar los gastos que el trabajador ha generado por la prestación de servicios, al igual tampoco entra en este concepto las indemnizaciones legales, como el pago de los gastos de mudanza cuando un trabajador sufre una movilidad geográfica y tiene que cambiar de forma definitiva su lugar de residencia. No se considera esta la finalidad del salario emocional, por lo que estas compensaciones tampoco entrarían dentro de este concepto.

Realizado este análisis se puede decir que el salario emocional tiene similitudes evidentes con el salario en especie, aunque su forma de percepción vaya encaminada a paliar otros intereses por parte de los trabajadores, pero reúne muchas características que se asemejan al pago en especie. Cierto es que, partiendo de su estructura se puede decir que la parte tangible del salario sí que podrá ser comparada con el salario en especie pero, a mi juicio, aquella parte compuesta por otro tipo de beneficios que tienen un carácter más impreciso deben estar dentro de la denominada acción social de la empresa, y en general fuera del concepto de salario dado en la propia normativa laboral.

### 3. EL SALARIO EMOCIONAL EN LAS ORGANIZACIONES PRODUCTIVAS

Son muchos los beneficios sociales que podemos ofrecer y percibir dentro de un salario emocional y su cantidad y calidad determinará el compromiso del trabajador y su relación de confianza con la organización. Es cierto que cada empresa, según su organización y forma de trabajo podrá implementar un tipo u otro de salario emocional, haciendo un estudio también de las necesidades de sus empleados, pero la lógica y la finalidad es que sean acciones motivadoras para hacer más agradable el ambiente de trabajo.

Tal y como se ha explicado en el estudio del salario emocional, parece que las mejores empresas son aquellas que aplican fórmulas para atraer y retener a los profesionales más valorados, pues consideran a los trabajadores como *socios* del negocio. De esta forma, el *contrato laboral* no es simplemente monetario, sino que alcanza una categoría que algunos autores vinculan al *contrato psicológico*.

Junto a la clásica tendencia monetaria del salario, las empresas pueden adoptar otras formas de retribución unida a otros beneficios que pueden ser más gratificantes. Habitualmente aparecen junto al salario los llamados beneficios accesorios que reúnen además algunas virtudes adicionales: permiten flexibilizar el conjunto de la estructura salarial, alcanzar mejores tratamientos fiscales, cuando se trata de servicios o bienes, aprovechar economías de escala, vincular a la empresa con determinados objetivos en el marco de la responsabilidad social empresarial y, por ello, también potenciar un determinado tipo de imagen corporativa tanto en el plano interno como externo<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Mercader Uguina, J. R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial: la incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 144-157.

### 3.1. Formas de constituir el salario emocional

Entre otras, destaca la posibilidad de implantar medios que permitan la tan ansiada flexibilidad laboral. Tradicionalmente se pensaba que el horario fijo era el más adecuado para la organización y sus trabajadores pero con el tiempo se ha demostrado que hay personas más productivas por la mañana y otras que lo son más por la tarde. Por eso ofrecer horarios flexibles resulta una motivación para los trabajadores<sup>18</sup>. También puede considerarse salario emocional aquellas acciones dirigidas a preservar el desarrollo profesional de los trabajadores y las opciones de promocionar de forma interna en la empresa, ya que constituyen medidas atractivas y motivadoras para retener el talento dentro de la organización.

A raíz de la pandemia muchas empresas se han reinventado y han apostado por permitir a los trabajadores trabajar desde casa una parte de la jornada. El problema que presenta este tipo de iniciativas de salario emocional es su difícil implantación en alguna de las empresas o en algunos puestos, que por sus características no permiten poder teletrabajar con las garantías suficientes para realizar la prestación y alcanzar la productividad esperada. A su vez, la posibilidad de teletrabajar está relacionada claramente con poder conciliar, pero esto no es suficiente para llevarla a cabo, por lo que sería interesante que la empresa promoviera otras facilidades para lograr la conciliación de vida familiar y laboral que van más allá de la flexibilidad horaria. Se trata de evaluar beneficios como, por ejemplo, que la empresa disponga de servicios de comedor, guardería, transporte o lavandería, que permita reducir la jornada, que no ponga obstáculos a las excedencias, etc.

Realmente, se hace difícil la adopción de estas medidas de flexibilidad laboral, pues nuestro entorno productivo está caracterizado por la cultura del trabajo presencial que nos deja temor y desconfianza para teletrabajar o para dejar que los empleados elijan su horario laboral en base a sus propios criterios. Esta medida de flexibilidad implica un necesario cambio organizacional y una reestructuración de las distintas áreas de la organización y, por tanto, un cambio de la propia cultura y valores internos, puesto que adoptar este modelo supone externalizar actividades que habitualmente se desarrollan en el interior de la empresa.

Otra de las formas de llevar a cabo herramientas relacionadas con el salario emocional es difundir planes de promoción para poder desarrollar una carrera profesional dentro de la compañía es otro de los aspectos que debes tener en cuenta a la hora de elegir un trabajo. Infórmate sobre las políticas de desarrollo profesional de la empresa y, durante la entrevista de trabajo, pregunta si en el puesto en cuestión podrás promocionar e ir adquiriendo cada vez más responsabilidad para no sentirte estancado en un futuro.

Los programas de formación y capacitación también puede ser otra manera de implementar el salario emocional en la empresa. Este hecho permite que el empleado que accede a estas opciones de formación continua mejoran sus habilidades y adquieren más conocimientos para desarrollar de forma diligente sus habilidades dentro de la empresa y de un puesto de trabajo concreto. Hay algunos aspectos relacionados con la responsabilidad social corporativa que son tenidos en cuenta a la hora acceder a una oferta de trabajo. Estos son aquellos vinculados a la reputación de la empresa, prefieren aceptar una oferta de empleo en empresas en las que se valore y se cuide el perfil humano antes que incorporarse a otras que tienen mala fama o reputación<sup>19</sup>. Que la empresa reconozca los logros de los trabajadores, es otra de las formas de implantar el salario emocional, ya que si trabajas con autonomía e independencia y el empresario realiza reconocimientos públicos de tu tarea o te premia con otras medidas más tangibles, está valorando tu trabajo dentro de la empresa.

---

<sup>18</sup> La flexibilidad horaria se ha convertido en uno de los principales alicientes laborales. ¿Sabías que uno de cada tres profesionales que actualmente teletrabaja renunciaría a su trabajo si su empresa le obligase a volver a la oficina a tiempo completo? En este sentido, el 83% de los trabajadores aboga por un modelo híbrido, de acuerdo con el informe Future of Work 2021 de Accenture.

<sup>19</sup> Fuente: <https://www.hays.es/documents/63345/4314146/GuiaHays2021+-+Presentacion+Webinar.pdf>

La salud y seguridad laboral son unas de las principales preocupaciones de los trabajadores. Por tanto, hay que fijarse si la empresa cuenta con estas acciones, en algunas ocasiones se ofertan cursos de hábitos de alimentación, talleres de gestión del estrés, convenios con bonificaciones en gimnasios o material ergonómico para los empleados. Relacionada con la salud de los trabajadores, las empresas deben cuidar el ambiente de trabajo, pues es necesario adoptar medidas que favorezcan el compañerismo, como actividades de teambuilding o espacios de esparcimiento, e incluso de políticas de diversidad, planes de onboarding para nuevas incorporaciones, canales de comunicación o programas de voluntariado. De esta forma, se conseguirá reducir las situaciones de estrés o incluso acoso que puede darse dentro de la organización productiva y que afectan, claramente, al bienestar de los empleados<sup>20</sup>.

Como se ha comentado las opciones que conforman el salario emocional son múltiples. A pesar de todo, esto no quiere decir que una empresa tenga que ofrecer todas las medidas o que aplique los mismos incentivos a todos los trabajadores, sino que lo ideal es que sean personalizados. Por ejemplo, si no tienes hijos, es probable que prefieras un programa de flexibilidad laboral a un servicio de guardería en la oficina o quizás prefieras trabajar en un entorno agradable sin presión ni estrés que, además, favorezca tu bienestar laboral.

### 3.2. Algunas propuestas para su implantación

Para ayudar al progreso de las personas, superar los desafíos que presenta la cuarta revolución industrial y crecer de manera inclusiva y sostenible, las empresas tienen que apostar por el aprendizaje continuo, el reciclaje profesional y la capacitación adicional, tres conceptos clave para impulsar la empleabilidad y el progreso de las personas. Apostar por el salario emocional tiene beneficios tangibles para la organización. Es un hecho que los empleados son cada vez más exigentes y necesitan poder conciliar la vida profesional con la personal. Y por ello su aplicación es cada vez un asunto más urgente y prioritario en la agenda estratégica de las empresas, ya que los beneficios de percibir un salario emocional son muchos y no se pueden comparar con subidas salariales al uso.

Es por lo que muchas empresas ya están poniendo en práctica el salario emocional, este es el caso de Repsol, que pone a disposición de los trabajadores la opción de elegir la modalidad de trabajo, o Google, donde los empleados cuentan con comedores y restaurantes en las mismas instalaciones para facilitar la conciliación, además de zonas de descanso o esparcimiento.

Por su parte, Mercadona se convirtió en la primera empresa en España en introducir guarderías en los centros de trabajo para los hijos de sus empleados, mientras que Lidl apuesta por reforzar la salud de su plantilla con programas específicos sobre alimentación saludable, gestión del estrés, ergonomía y promoción de la actividad física.

Otras iniciativas son el proyecto Pet at Work, de Nestlé, que permite a sus profesionales acudir con sus mascotas a la oficina o las actividades de team building<sup>21</sup> de Atrápalo, así como las clases de meditación, relajación y yoga de Schibsted Spain.

La posibilidad de implantar el teletrabajo ocasional aporta muchos beneficios y ventajas a los trabajadores. De esta manera, el empleado puede organizar su semana laboral a su medida, además, si tiene una necesidad extralaboral (por ejemplo, cuidar de un hijo enfermo, o tiene que resolver algún asunto de papeleo, por ejemplo) podrá desempeñarla sin

<sup>20</sup> Fuente: <https://www.apd.es/tipos-salario-emocional-valorados-por-trabajadores/>

<sup>21</sup> La definición literal de Team Building es “construcción de equipo”. Con este término se identifica el conjunto de dinámicas y actividades de integración en una empresa que se utilizan para que los miembros interactúen en grupo con el fin de mejorar sus capacidades de jugar en equipo.



problema. Hoy, cada vez más, se valora la productividad global antes que el cumplimiento de un horario fijo y estricto<sup>22</sup>.

Como se observa, el salario emocional tiene muchas variantes, pero todas ellas tienen un objetivo común: hacer la vida del empleado más fácil, favorecer la conciliación de su vida familiar con la vida laboral y mantener la motivación alta. Los empleados más contentos son los más productivos, y para realmente fidelizar el talento dentro de la empresa, es necesario ofrecer este tipo de compensaciones que poco tienen que ver con un sueldo tradicional.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Es preciso indicar que, de una parte, el término salario al referirse al emocional no se está empleando de forma propia desde un punto de vista jurídico, pero tal problema puede salvarse empleando el de retribución o remuneración. De otra, que la retribución emocional puede ser vista como el estado más avanzado de lo que tradicionalmente se ha venido a denominar acción social en la empresa. En concreto, no solamente incorporaría las más modernas manifestaciones de ésta, sino también un área que tradicionalmente le ha resultado extraña, la mejora de las condiciones de trabajo relacionadas con la conciliación con la vida personal y familiar. Por lo que en este sentido, se puede concluir determinando el alcance jurídico que puede llegar a tener esta forma de retribuir una concreta prestación de servicios, con aquellas precisiones realizadas en cuanto a sus diferencias y similitudes con el clásico salario en especie.

Otra de las cuestiones contempladas en este estudio es la referida a la dificultad de cuantificación que presenta este tipo de salario, ya que es complicado precisar cómo se traduce monetariamente esos beneficios que tiene el trabajador a cobrar una parte de su retribución en forma de salario emocional. Ciertamente es que, algunas formas de implantación si son más fáciles de valorar y se identifican con aquellas que tienen relación con el carácter más tangible del salario, pero hay otras más ambiguas o superfluas que hacen más complicada su precisión monetaria, tales como la creación de un ambiente agradable de trabajo, la creación de eventos para hacer equipo e integrarse en los valores de la compañía, el permitir ir a trabajar con las mascotas, etc.

No hay duda que, el salario emocional en muy poco tiempo se va a convertir en un verdadero recurso de las empresas para mejorar el bienestar de sus empleos. Estos recursos colaboran en mejorar, en cierto modo, la salud laboral de los trabajadores y su motivación para acudir a trabajar. El perfil de los nuevos trabajadores demanda ciertos aspectos que una retribución económica no cubre, las empresas con una óptima estrategia de salario emocional estarán mucho mejor gestionadas conformando un motor de trabajo sólido y muy productivo a medio y largo plazo. El salario emocional como mecanismo para garantizar la salud en el trabajo, crear un mecanismo de apoyo psicológico, extender los beneficios a las familias, saber elogiar y criticar el trabajo, reconocer y aplaudir a quienes estudian y buscan mejorar sus conocimientos, asumir una práctica flexible y conciliadora y tener una evaluación colaborativa va intrínsecamente unido a la mejora de ciertos aspectos relacionados con la salud laboral y la prevención de algunos riesgos psicosociales. Evidentemente, un ambiente donde el salario emocional sea una práctica habitual tendrá una reducción del estrés negativo, y menos bajas por enfermedad.

---

<sup>22</sup> Fuente: <https://www.becas-santander.com/es/blog/salario-emocional.html>; <https://www.apd.es/tipos-salario-emocional-valorados-por-trabajadores/>

# **LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO: EL PAPEL DE LOS ACUERDO MARCO INTERNACIONALES<sup>1</sup>**

JUAN MANUEL MORENO DÍAZ

*Prof. Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor)  
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS FACTORES QUE DETERMINAN LAS NUEVAS FORMAS DE PRODUCCIÓN
3. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MUNDO: LA AGENDA 2030 Y LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL
4. LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL EN EL MARCO DE LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO
5. CONCLUSIONES

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es fruto y se inserta dentro del Proyecto Coordinado “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social (DINARISK)”, y, en concreto, dentro del Subproyecto 2, que lleva por título “Nuevas formas de negociación y conflicto colectivo en una economía de mercado digital” (Proyecto competitivo financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación dentro del Plan Estatal 2017-2020 Retos - Proyectos I+D+i (Referencia: RTI2018-098794-B-C31).

## 1. INTRODUCCIÓN

En el año 2021 la ONU declaró el Año Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil, invitando a todas las organizaciones especialmente relacionadas con esta lacra a promover la celebración de actividades que sirvieran para sensibilizar a la población y a la sociedad civil en relación con la misma y a acelerar la consecución de las Metas que la Agenda 2030 se propone en relación con este fenómeno, en concreto, dentro de la Meta 8.7.

En efecto, a pesar de los avances que se han dado en esta materia, a día de hoy son todavía muchas las zonas del planeta en la que el trabajo forzoso y el trabajo infantil siguen existiendo con total normalidad. Se calcula que, aproximadamente, en torno a 160 millones de niños en el mundo trabajan (lo que representa un diez por ciento de los niños) y, de ellos, 79 millones realizan trabajos peligrosos.

La OIT, como principal organización supranacional mundial relacionada con el trabajo, ha sido siempre sensible con esta execrable forma de trabajo y ha implementado desde mucho tiempo atrás, tanto normas internacionales (fundamentalmente, los Convenios 138 y 182), como Programas y Campañas de sensibilización. Especialmente importante es el Programa IPEC+ (que aglutina el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y del Trabajo Forzoso), que persigue fundamentalmente dotar a la OIT del liderazgo que se necesita para concentrar todos los esfuerzos posibles a nivel mundial para la erradicación de estos fenómenos y para que se brinde protección a todas las personas contra estas graves vulneraciones de los derechos humanos.

Entre estas acciones, ha tenido lugar recientemente en Sudáfrica la 5ª Conferencia Mundial sobre la Erradicación del Trabajo Infantil (Durban, 15-20 mayo 2022), donde se han dado cita más de cuatro mil delegados de distintas organizaciones (gobiernos, sindicatos, sector privado, sociedad civil, organizaciones regionales e internacionales), para compartir buenas prácticas, identificar las lagunas al respecto y reflexionar en relación con las medidas que se necesitan para ayudar a los niños que trabajan.

En relación con lo anterior, es importante igualmente analizar las derivadas que tiene la relevancia cada vez mayor de la economía globalizada y las relaciones mundiales de producción, gobernadas por las cadenas mundiales de suministro, donde las empresas multinacionales juegan un papel trascendental. A tal efecto, es de suma importancia la implementación y control de obligaciones a estas empresas y a sus filiales, y a los proveedores y contratistas que contratan con ellas, en orden al respeto que estas deban hacer de los estándares internacionales en materia de trabajo infantil

A tal efecto, recientemente han aparecido en escena unos instrumentos de carácter transnacional, los Acuerdos Marco Internacionales, que han venido a sustituir a los iniciales códigos de conducta que las multinacionales adoptaron inicialmente en el marco de la responsabilidad social, y que están contribuyendo cada vez más a la adopción de compromisos y obligaciones por parte de estas empresas en el juego de sus relaciones comerciales en toda la cadena de valor.

En el presente estudio analizaremos cómo dichos Acuerdos se han ido afianzando en la escena normativa transnacional y cómo paulatinamente los mismos han ido recogiendo obligaciones de las empresas multinacionales en relación con los derechos humanos y, más en concreto, con el trabajo infantil.

## 2. LOS FACTORES QUE DETERMINAN LAS NUEVAS FORMAS DE PRODUCCIÓN

El mercado actual está dominado por una nueva forma de entender los procesos productivos, donde la tecnología, la demografía, la globalización y el cambio climático están entre los principales factores impulsores de esos cambios<sup>2</sup>. Todos estos factores están entrelazados en las nuevas formas de producir a nivel mundial<sup>3</sup>.

El primer factor que ha contribuido recientemente y de una forma más decisiva a la nueva manera de producir es la globalización, la cual “ha tenido importantes repercusiones sobre las empresas y el empleo, (incluyendo) la fragmentación de la producción en tareas y actividades, que coincide en última instancia con la expansión de las cadenas mundiales de suministro”<sup>4</sup>.

Los efectos de la globalización se han observado a nivel internacional y nacional<sup>5</sup>. En el ámbito internacional, ha traído consigo un aumento en las transacciones económicas y de la inversión extranjera y un incremento en el comercio internacional mundial, con la intensificación comercial de multinacionales gigantescas como en el sector de banca y seguros, la manufactura, la producción de petróleo y materias primas. En el nivel nacional, ha conllevado compañías fragmentadas y pequeñas unidades independientes descentralizadas, actividades derivadas a unidades más pequeñas, una organización laboral y unas relaciones industriales más flexibles (en específico los acuerdos de contratación). En conclusión, “la globalización ha traído consigo el crecimiento de la inequidad y la disminución de la prioridad de la dimensión social en muchas partes del mundo” (Rantanen, 2000). En otras palabras, la globalización y desregulación han resultado en un aumento en la brecha entre ricos y pobres y en la exclusión y marginalización de los obreros particularmente en los países en desarrollo” (OMS).

Otro factor que está influyendo notablemente en la forma de prestar los servicios es la tecnología, que está teniendo un impacto transformador sobre la naturaleza del trabajo, a través de fenómenos como la robótica, el big data o las nuevas telecomunicaciones.

La tecnología constituye un elemento importante en la configuración de las condiciones de vida y de trabajo. Las transformaciones tecnológicas afectan de distintas formas a la actividad laboral. Determinan los contenidos materiales de la misma, influyen sobre el ambiente en que se desarrolla, posibilitan un mayor control de la actividad de los trabajadores, y, al crear nuevos productos, inciden directamente sobre la estructura de industria y ocupaciones. Y, por lo que respecta a las nuevas formas productivas, se ha dicho que “el fenómeno de centralización de la producción tecnológica (está) en manos de los grupos de empresas y especialmente en las compañías transnacionales, lo que conlleva una centralización de las decisiones en la materia de una parte del capital”. Ahora bien, el escenario que nos encontremos al final del proceso y de qué manera afectarán estas nuevas tecnologías a las Cadenas Mundiales de Suministro (en adelante, CMS) y a la fragmentación de la producción, es algo que no es determinable a priori.

---

<sup>2</sup> V. al respecto Cortina, R. (2011): *La dimensión transnacional de la negociación colectiva. Los Acuerdos Marco Globales*, Fundación Friedrich Ebert, Serie Aportes, n° 14, Ginebra.

<sup>3</sup> Moreno Díaz, J.M.: *La negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización*, Bomarzo, 2021.

<sup>4</sup> OIT (2017): *Informe inicial para la comisión del futuro del trabajo*, Ginebra, p. 10.

<sup>5</sup> El Informe CES 3/2018 (p. 20), establece que “al igual que el futuro del trabajo ya no puede concebirse desde una perspectiva estrictamente nacional, la oferta de trabajo requiere ser considerada en el marco de la globalización y de la apertura mundial de las economías”.

En tercer lugar, es preciso también considerar a la demografía como factor importante que va a tener su incidencia en la conformación de los nuevos procesos, aunque ello depende de la parte del mundo del que hablemos, dado que los fenómenos demográficos son dispares y presentan una particularidad distinta en las diferentes partes del globo. En efecto, en los países emergentes y en desarrollo, se ha producido un aumento de la población joven que accede al mercado de trabajo, lo que ha impulsado la urbanización y contribuido a la migración internacional. A diferencia de lo anterior, en los países desarrollados, se ha producido el fenómeno del envejecimiento de la población trabajadora, debido fundamentalmente a los bajos índices de natalidad y al incremento paulatino y acelerado de la esperanza de vida. Ello ha hecho que las edades de jubilación en tales países hayan ido creciendo con el paso del tiempo y que el trabajador haya retrasado la edad para dejar de trabajar. Esta idea gana fuerza, además, si se tiene en cuenta que, debido a esta circunstancia, los sistemas de pensiones han devenido cada vez menos sostenibles, dado que el volumen de pensiones a pagar cada año no puede sostenerse con las escasas aportaciones de los trabajadores.

Por último, es necesario aludir a otro fenómeno de gran calado en el mundo laboral actual y que tiende a tener una gran influencia en el modo en que las relaciones laborales globalizadas se producen. Nos referimos a la externalización y deslocalización en la producción de los bienes y servicios y a los procesos de contratación y subcontratación de los mismos. En la actualidad, las grandes empresas multinacionales tienden a contratar gran parte de sus productos con otras empresas, las cuales van a estar situadas geográficamente en países emergentes o en vías de desarrollo, donde existe una gran debilidad democrática y donde, en consecuencia, el reconocimiento de los derechos de los trabajadores en general es casi inexistente. Este hecho, que es cada vez más frecuente, como decimos, en las actuales relaciones de producción, va a tener una influencia notable en el ensanchamiento de las diferencias que se producen entre los derechos de los trabajadores que prestan servicios para las empresas matrices de estas multinacionales y las que se dan para los empleados de las contratistas y proveedoras de aquellas en el marco de la cadena de suministro.

En definitiva, todos estos factores están entrelazados en las nuevas formas de producir a nivel mundial. Y ello ha tenido su efecto, por una parte, en la degradación de los derechos de los trabajadores, que han sufrido un empeoramiento generalizado de sus condiciones de trabajo con el paso del tiempo, y de forma mucho mayor en el último año, fruto de la pandemia de COVID que azota al mundo.

### **3. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MUNDO: LA AGENDA 2030 Y LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL**

#### **3.1. Justificación**

La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible establece objetivos para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y las perspectivas de las personas en todo el mundo.

Dentro de la misma, se ha incardinado la lucha contra el trabajo infantil, dado que, como ha dicho la OIT, “El trabajo infantil es una de las manifestaciones más graves y

visibles de la desigualdad y del déficit de trabajo decente, es un obstáculo para el desarrollo del talento humano, para crecer con inclusión y constituye un freno para alcanzar el futuro del trabajo que queremos<sup>6</sup>.

Dicho fenómeno es mucho más frecuente de lo que pueda parecer, dado que, aunque en el mundo occidental, las tasas de escolarización de niños son bastante altas (lo cual impide de facto la realización de trabajos por estos), en los países en vías de desarrollo hay un alto índice de niños que prestan servicios a diario.

### 3.2. Las cifras de trabajo infantil en el mundo

Las estimaciones mundiales más recientes de la OIT indican que 160 millones de niños se encuentran en situación de trabajo infantil, tal como se pone de manifiesto en el Informe “Trabajo infantil: estimaciones mundiales 2020, tendencias y el camino a seguir<sup>7</sup>”.

El mencionado estudio arroja datos preocupantes, relacionados, sobre todo, con el aumento de tales cifras en relación con los anteriores períodos estudiados. Así, entre los años 2000 y 2016, como consecuencia de la supervisión de la OIT de este fenómeno, el trabajo infantil fue progresivamente descendiendo, llegando a alcanzar un descenso de hasta 94 millones en dicho período, hasta situarse en un número total de 152 millones de niños. Las últimas cifras derivadas del último Informe ponen de manifiesto, como decimos, un repunte en el número de afectados, hasta alcanzar los 160 millones, lo cual debe poner en alerta de nuevo a las autoridades mundiales para llevar a cabo nuevas acciones que tiendan a hacer disminuir dicha cantidad.

El Informe antedicho pone igualmente de manifiesto otros datos cualitativos importantes en relación con dicho fenómeno. Así, el aumento global de trabajo infantil se concreta también en la franja de edad de niños de 5 a 11 años, donde se sitúan más de la mitad de todos los casos a escala mundial. Otro dato preocupante es el aumento de niños que realizan trabajos peligrosos, es decir, aquellos que son susceptibles de mermar su salud, seguridad o moral, los cuales han aumentado en 6,5 millones, hasta alcanzar los 79 millones en 2021.

Por último, las principales conclusiones del Informe se centran en las siguientes: a) El 70% de los casos de trabajo infantil (112 millones de niños) se dan en el sector agrícola, seguido del 20% (31,4 millones de niños) en el sector de servicios y el 10% (16,5 millones de niños) en el sector industrial; b) Casi el 28% de los niños de 5 a 11 años y el 35% de los niños de 12 a 14 años que trabajan no están escolarizados; c) El trabajo infantil se da con más frecuencia en el caso de los niños que en el de las niñas, con independencia de su edad. Con respecto a las tareas domésticas realizadas durante 21 horas semanales, o más, la disparidad de género en cuanto a trabajo infantil es menor; d) El trabajo infantil en zonas rurales (14%) es casi tres veces más frecuente que en zonas urbanas (5%).

Por tanto, estas son las últimas cifras de trabajo infantil en el mundo, de todo punto alarmantes y preocupantes, y que, por tanto, deben poner en alerta a la comunidad internacional y a las principales instituciones supranacionales relacionadas con el mismo, para seguir trabajando con énfasis en acabar con una lacra que puede tener graves consecuencias para el desarrollo de la población mundial.

<sup>6</sup> OIT (2018): 19ª Reunión Regional Americana (sesión informativa 2), p. 1.

<sup>7</sup> Informe Conjunto OIT-UNICEF (2021).

### **3.3. La actuación de la OIT en pro de la consecución de la Meta 8.7 en el actual escenario productivo mundial**

Como ya se ha dicho, las actuales relaciones de producción están dominadas por el proceso de globalización que domina el mercado de trabajo a nivel global. Este fenómeno supone que las empresas multinacionales, que son cada vez más las grandes protagonistas de tales procesos, elaboren los productos que luego venderán en los mercados occidentales en países situados a muchos kilómetros de distancia, con unas legislaciones laborales cuyo reconocimiento de los derechos de los trabajadores están muy alejadas de los estándares propios de las casas matrices y de sus filiales. La cadena mundial de suministro es ahora el escenario donde tienen lugar gran parte de los procesos de producción y es en esa cadena donde hay que actuar principalmente para preservar los derechos de los trabajadores.

Lo anterior no solo va a afectar a los trabajadores en general, sino que va a suponer igualmente un reto para la defensa de los derechos de los colectivos más vulnerables, es decir, los niños y jóvenes, que, en las fábricas y talleres de los países donde están situados la inmensa mayoría de los proveedores que van a surtir los productos a las cabeceras de las empresas multinacionales, van a trabajar de igual a igual con los trabajadores que son mayores de edad. Es por ello por lo que se necesita una importante acción coordinada a nivel mundial, partiendo de los objetivos marcados por la Agenda 2030 para conseguirlos.

Con el fin de erradicar esta lacra, la OIT viene trabajando desde largo tiempo atrás en pro de la consecución de la misma. A tal fin, se aprobaron en su día dos importantes normas al respecto, el Convenio 138 (Edad Mínima) y el 182 (Peores formas de Trabajo Infantil), los cuales pusieron las bases sobre los que posteriormente edificar los objetivos a alcanzar, dentro de la Agenda 2030, en materia de trabajo infantil. A ellos habría que sumar igualmente los Convenios 29 (Trabajo forzoso) y 105 (Abolición del Trabajo Forzoso).

Además de las mismas, la OIT trabaja de manera incansable en la erradicación del trabajo infantil y del trabajo forzado en el mundo, a través de Programas y Campañas. Dentro de los primeros, habría que destacar el Programa de referencia mundial IPEC+. Se trata de un programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y del Trabajo Forzoso, cuyos principales objetivos son la erradicación del trabajo infantil en todas sus formas para 2025 y del trabajo forzado, la esclavitud moderna y la trata de seres humanos para 2030. Además de dichos Programas, la OIT ha implementado igualmente otras acciones tendentes a la consecución de tales objetivos, tales como la Plataforma sobre el Trabajo Infantil, la Alianza 8.7, o la realización de campañas, como el establecimiento de un Día mundial contra el trabajo infantil (12 de junio), Tarjeta Roja al Trabajo Infantil y otras muchas.

Por otro lado, en determinadas áreas del mundo especialmente golpeadas por este fenómeno, se han formalizado igualmente programas supranacionales con el ánimo de llevar a cabo más intensamente en dichas regiones un trabajo reforzado para la erradicación del trabajo infantil. Es el caso de la Iniciativa Regional América Latina y Caribe Libre sobre Trabajo Infantil<sup>8</sup>, que lleva trabajando en dicha zona desde su creación en la reducción de los niveles de trabajo infantil (los cuales son especialmente gravosos).

---

<sup>8</sup> La Iniciativa Regional América Latina y Caribe sobre trabajo infantil está concebida como una plataforma de acción intergubernamental y tripartita, en la cual los gobiernos, las organizaciones de trabajadores y de empresarios trabajan activamente para avanzar juntos hacia el logro de la Meta 8.7 de los ODS, el principal de los cuales es acabar con el trabajo infantil para 2025.

En definitiva, la acción de la OIT en esta materia preocupa especialmente a esta organización supranacional, y la mejor muestra de ello es que lleva trabajando en el tema desde hace más de un siglo.

No obstante, en la estela de las nuevas realidades productivas del mercado de trabajo moderno, quizás la actuación de la OIT deba centrarse más, no solo en concretas áreas geográficas, sino teniendo en cuenta las cadenas mundiales de suministro, dominadas por las grandes empresas multinacionales, y cuyos eslabones finales de la cadena tienen siempre que ver con países donde el fenómeno del trabajo infantil es especialmente relevante. A ello dedicaremos el apartado siguiente.

#### **4. LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL EN EL MARCO DE LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO**

##### **4.1. Las cadenas mundiales de suministro como contexto de desarrollo de las relaciones globales de producción**

Como se ha dicho, las cadenas mundiales de suministro se han convertido con el tiempo en una forma habitual de organizar las inversiones, la producción y el comercio en una economía globalizada<sup>9</sup>. Ello ha tenido impactos positivos en los países en desarrollo, como la creación de empleo y la creación de nuevas oportunidades de desarrollo económico y social, pero, en cambio, también ha traído consecuencias negativas, relacionadas con la consecución del trabajo decente en el mundo, y especialmente el trabajo infantil.

Y es que, como se ha puesto de relieve en la Estrategia IPEC+, “se estima que entre el 5 y el 15 por ciento de los niños en situación de trabajo infantil trabajan en cadenas mundiales de suministro”, lo cual lleva aparejado unos déficits referidos a “unos salarios inadecuados, inseguridad de los ingresos y una protección social deficiente, así como la falta de acceso a la atención de salud, a una educación gratuita de calidad y a una formación profesional. En las cadenas de suministro, dichos déficits suelen estar vinculados con precios de abastecimiento insuficientes pagados a las empresas proveedoras y con la falta de medios efectivos para que los trabajadores reivindiquen un salario justo a través de la negociación colectiva”.

Es por ello que, en el contexto de tales cadenas mundiales, se haga necesaria una especial implicación de todas las partes afectadas para hacer una labor si cabe más intensa en la detección de prácticas irregulares relacionadas con el trabajo infantil, con el propósito final de alcanzar los objetivos marcados al efecto por la Agenda 2030 en los plazos marcados.

En este ámbito, juegan un papel fundamental los Acuerdos Marco Internacionales, que representan un grado mayor de juridificación que los códigos de conducta de las empresas multinacionales, y en los cuales se establecen los compromisos a adoptar por tales empresas para un período de tiempo concreto a lo largo de toda la cadena de valor. Muchos de tales Acuerdos están haciendo alusión desde hace algún tiempo a la

---

<sup>9</sup> Nieto Rojas, P., “Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos jurídicos ordenados a garantizarlo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 37/2019, p. 421, ha afirmado que “la importancia de las cadenas mundiales de suministro ha aumentado radicalmente en los últimos decenios como evidencia que un porcentaje cada vez mayor del empleo mundial está relacionado con estas cadenas”.



importancia de erradicar el trabajo infantil, así como el trabajo forzoso, como podrá verse en el apartado siguiente.

#### **4.2. El papel de los Acuerdos Marco Internacionales en el marco de las cadenas mundiales de suministro**

Los Acuerdos Marco Internacionales se están imponiendo en el ámbito de las cadenas mundiales de suministro como forma de establecer compromisos a cumplir por las empresas multinacionales en su actuación a lo largo de toda la cadena de valor.

Con ellos, se pretende que los derechos laborales reconocidos a todos los trabajadores de la empresa matriz (situada generalmente en países de las economías occidentales) se extiendan también a las filiales, a los proveedores de las mismas e, incluso, a los clientes. Este es un proceso no carente de dificultades, si se tiene en cuenta que los proveedores están situados a miles de kilómetros de distancia de la empresa matriz y, generalmente, en países con democracias débiles y donde el reconocimiento de derechos laborales es, prácticamente, inexistente. Además, hay que tener en cuenta que tales proveedores son fábricas o, incluso, talleres, generalmente dentro de la economía informal, lo que hace más difícil aún, llegar a supervisar y controlar que los compromisos asumidos por la empresa matriz en relación con los derechos laborales de sus trabajadores también se están cumpliendo en aquellos talleres y fábricas.

No obstante, desde hace algún tiempo, determinadas federaciones sindicales internacionales están luchando por la firma de estos Acuerdos Marco y porque los mismos incluyan fórmulas de control de los compromisos adoptados por las empresas matrices también en las empresas proveedoras<sup>10</sup>. De esta manera, se está trabajando porque las empresas que participan en toda la cadena de suministro con la empresa matriz cumplan los mismos compromisos que ésta, y se están adoptando prácticas, que van incluidas en el texto de los propios Acuerdos, que obligan a los proveedores y filiales a someterse a las mismas, en orden a la consecución y cumplimiento del Acuerdo<sup>11</sup>. Por ejemplo, se obliga a todas las empresas firmantes de cada Acuerdo a permitir la identificación de la presencia sindical en aquellas y a que los sindicatos supervisen el cumplimiento del Acuerdo por parte de la compañía en cuestión, lo que deberá hacerse, no solo en las filiales, sino también en las proveedoras y contratistas. Esto es algo especialmente difícil, aunque de suma trascendencia, dado que en la mayor parte de los países donde se sitúan estos proveedores no está reconocido el derecho de libertad sindical y negociación colectiva.

Por tanto, el papel que juegan actualmente los Acuerdos Marco Internacionales son muy importantes, y, aunque no tienen aún un reconocimiento jurídico pleno, sí que pueden servir para obligar a las organizaciones internacionales, en un futuro más o menos próximo, a implementar verdaderas normas jurídicas que sirvan para obligar a las empresas multinacionales a cumplir con las obligaciones que ahora se contienen en dichos Acuerdos.

Por último, por lo que atañe al tema de este estudio, los Acuerdos Marco Internacionales han ido incorporando cada vez más cláusulas relativas a la prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso, tal como se analizará en el apartado siguiente.

---

<sup>10</sup> La principal Federación Sindical Internacional que ha asumido el liderazgo en cuanto a la firma de estos Acuerdos Marco Internacionales es Industriall Global Union. Puede verse toda la política de esta Federación y los Acuerdos Marco firmados por la misma en <https://www.industriall-union.org/es/acuerdos-marco-globales-amg>

<sup>11</sup> Pueden consultarse todos los requisitos a cumplir en el siguiente enlace de Industriall Global Union: [https://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/2018/industriall\\_gfa\\_checklist\\_for\\_affiliates\\_es.pdf](https://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/2018/industriall_gfa_checklist_for_affiliates_es.pdf)

### 4.3. La protección del trabajo infantil en los Acuerdos Marco Internacionales

Como se ha dicho, con el paso del tiempo los Acuerdos Marco Internacionales han ido ganando protagonismo en el marco de las cadenas mundiales de suministro, sustituyendo a los códigos de conducta que, inicialmente, se elaboraron en el ámbito de la responsabilidad social. A día de hoy, son muy numerosos los Acuerdos firmados a escala mundial, habiéndose calculado que son más de doscientos los firmados actualmente. También son muy variados los sectores en los que se ha producido la firma de los mismos, desde la Energía (en empresas como Enel, Grupo Edf, Eni, Statoil, Siemens-Gamesa, Lukoil...), Automoción (Psa-Peugeot, Ford, Renault, Bmw...), Aeronáutica (Safran, Eads), Electrodomésticos (con Electrolux y Bosch), Moda (Inditex, H&M), o Ingeniería (Leoni, Solvay, SFK), entre otros.

El contenido material incorporado a tales Acuerdos es muy variado, y siempre estará relacionado, lógicamente, con los derechos laborales de los trabajadores que prestan servicios en las empresas multinacionales y sus filiales. Entre dicho contenido se encuentra la protección del trabajo infantil y su abolición, con cláusulas muy parecidas en todos ellos, tendentes, sobre todo, a la prohibición del trabajo infantil como derivación de los Convenios 138 y 182 OIT y el resto de normas de Naciones Unidas.

Los aspectos contemplados por dichas cláusulas de trabajo infantil persiguen, sobre todo, como se ha dicho, el compromiso de la empresa matriz y de sus filiales de no utilizar mano de obra infantil, sea cual sea la parte del planeta en la que se lleven a cabo las actividades. Por ello, la mayor parte de los Acuerdos hacen referencia a la no utilización de menores en la realización de las actividades de la empresa, al menos hasta los 16 años, respetando en cualquier caso la edad marcada a tales efectos en cada país en cuanto al ingreso al trabajo legal<sup>12</sup>. Algunos Acuerdos amplían dicho límite hasta los 18 años en relación a la realización por parte del menor de trabajos considerados como peligrosos<sup>13</sup>. Lo que se quiere asegurar con este tipo de clausulado es la protección del menor, priorizando su formación en orden a asegurar su inserción al mercado de trabajo, lo que es una característica generalizada a la mayor parte de los Acuerdos. Además, es también nota común a la mayor parte de los mismos el hecho de permitir el trabajo a partir de los 16 años, eso sí, siempre que la seguridad y salud del menor quede garantizada y que hayan recibido previamente la formación específica suficiente en materia de seguridad y salud<sup>14</sup>, o la priorización de la formación de los menores, en orden a facilitar su inserción laboral<sup>15</sup>.

Otros muchos acuerdos ponen en relación el cumplimiento del Acuerdo en general, con la selección y mantenimiento de las relaciones con los proveedores. Así, se han establecido cláusulas del tipo siguiente: “El Grupo, además, se compromete a no instaurar ni mantener relaciones de negocios con proveedores que empleen a menores como se ha definido arriba”<sup>16</sup>. En esta misma línea, también se contemplan por otros Acuerdos que la selección de proveedores se hará teniendo en cuenta el cumplimiento por parte de aquellos de los compromisos adoptados en el Acuerdo, y, fundamentalmente, los aspectos relativos a la protección de los derechos fundamentales y, en concreto, de los principios relativos a los derechos de los menores<sup>17</sup>. Por último, y en relación con los aspectos

<sup>12</sup> Contienen estas previsiones los Acuerdos de Enel (art. 9.1), BMW (art. 1.3) y SFK.

<sup>13</sup> En este sentido, los Acuerdos de ENI (art. 3) y Norsk Skogindustrier (art. 2, e)

<sup>14</sup> Pueden encontrarse estas menciones en los Acuerdos de PSA-Peugeot (art. 1.5), Safran (art. 3), Umicore (art. 1.2) y EADS.

<sup>15</sup> Acuerdo PSA-Peugeot (art. 1.5)

<sup>16</sup> Acuerdo Enel (art. 9.1)

<sup>17</sup> Acuerdos de Enel (art. 9.1), Essity (Principio 9) y EADS.

comerciales de estas empresas, se prevé que el incumplimiento por los proveedores de lo contenido en materia de prohibición de trabajo infantil conducirá a la ruptura de las relaciones con ellos<sup>18</sup>.

En definitiva, son muy numerosas las menciones que los distintos Acuerdos Marco firmados hasta el momento han hecho de la prohibición del trabajo infantil, contemplándose una línea común de respeto del cumplimiento de los estándares internacionales marcados por los principales Convenios de la OIT y Naciones Unidas, aunque con las particularidades que cada uno de los mismos han hecho, poniendo el acento en relación con uno u otro aspecto en función de cada uno de los casos.

## 5. CONCLUSIONES

1. El trabajo infantil es un fenómeno que azota el mundo de las relaciones laborales desde siempre, y que sigue existiendo hoy en día en proporciones mucho mayores de las deseables. Se estima que actualmente todavía uno de cada diez niños trabajan en el mundo, siendo mayor la proporción de niños que de niñas.
2. La OIT, ONU y otras organizaciones supranacionales han venido desarrollando acciones de erradicación del trabajo infantil, con normas internacionales, iniciativas y campañas de sensibilización, fundamentalmente los Convenios 138 y 182 OIT y el Programa IPEC+, que abunda igualmente en el trabajo forzoso. No obstante, el fruto que han dado las mismas ha sido aún insuficiente.
3. La globalización de la producción ha hecho que las relaciones productivas a nivel mundial tenga lugar principalmente a través de las cadenas mundiales de suministro, donde las empresas multinacionales aparecen como las principales protagonistas en este nuevo escenario.
4. En este contexto, han aparecido los Acuerdos Marco Internacionales como instrumentos que vienen a implementar compromisos y obligaciones para estas empresas, y que representan un grado mayor de juridificación en relación con los iniciales códigos de conducta que estas empresas asumieron en el marco de la responsabilidad social.
5. Los Acuerdos Marco Internacionales han ido incorporando las condiciones laborales en las que el trabajo deberá prestarse, no solo en la empresa matriz, sino también en las filiales, haciendo extensivas las obligaciones a los proveedores y a los contratistas con los que la multinacional tenga relaciones.
6. La mayor parte de los convenios firmados hace referencia a la prohibición del trabajo infantil, estableciendo consecuencias negativas para los proveedores o contratistas incumplidores en relación con la selección de los mismos, o la ruptura de relaciones con ellos, entre otras.

---

<sup>18</sup> Así lo hacen los Acuerdos de ENI (art. 3), Essity (Principio 9), Siemens-Gamesa (art. 6) y Ford.

**CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA E  
INICIO DEL PROCESO NEGOCIAL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA  
FRANCO-ESPAÑOLA**

PIERRE-HENRI CIALTI

*Prof. Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor)  
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO:

1. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. LOS MECANISMOS LEGALES DE FOMENTO DEL INICIO DEL PROCESO NEGOCIAL

Es indubitable que la trayectoria investigadora del profesor González Ortega resulta abrumadora por su alcance, contenido y diversidad. Paradójicamente, la elección de una temática a la hora de redactar este breve estudio en su homenaje por motivo de su jubilación, ha resultado evidente por dos motivos. Por una parte, entre todas las materias tratadas, el Profesor González Ortega ha prestado atención al régimen jurídico de la negociación colectiva, así como a su plasmación práctica en determinados sectores de actividad o respecto a determinadas materias concretas. Por otra parte, ha realizado numerosas intervenciones y ha colaborado con regularidad con la Universidad Paris X-Nanterre en Francia. Pues bien, ambos motivos tienen reflejo en mi trayectoria personal y académica, por lo que me resultaba oportuno proceder a su conexión y tratamiento. Así, además de este aspecto más personal, sirva este trabajo para dejar constancia de las aportaciones del Profesor González Ortega en el entendimiento del régimen jurídico de la negociación colectiva, así como de su acercamiento al mundo académico y jurídico francés. Sirva también para mostrarle mi agradecimiento por la acogida que me ha dado desde el primer día de mi llegada en la Universidad Pablo de Olavide.

Con ocasión de un estudio de 2017 sobre el procedimiento de negociación, especialmente sobre el deber de negociar y la constitución de la comisión de negociación<sup>1</sup>, el Profesor González Ortega pone de relieve la “evidente base constitucional” del principio de autonomía colectiva y alude al derecho a una negociación colectiva libre y autónoma. A su vez, señala que esta concepción del derecho a la negociación colectiva ha sufrido daños en la reforma de 2012 en pro de la protección de los intereses empresariales, como lo ilustran las modificaciones “en materia de prioridad aplicativa del convenio colectivo, de inaplicación parcial del convenio vigente o, incluso, de modificación sustancial por iniciativa del empresario de condiciones colectivas, derivadas de esa autonomía aunque materializada en instrumentos colectivos de menor entidad y rango como lo son los convenios colectivos extraestatutarios, los acuerdos de empresa o los usos laborales de dimensión colectiva (arts. 84.2, 82.3 y 41 ET)”. En este sentido, subraya que la imperatividad absoluta para la autonomía colectiva de esas nuevas reglas legales interviene justamente “en el terreno en que ésta se expresa naturalmente como es el de la negociación colectiva”<sup>2</sup>.

No se pretende analizar aquí la evolución del régimen jurídico de la negociación colectiva respecto al concepto de autonomía colectiva. El objeto de este estudio es más limitado y pretende poner de relieve, desde una perspectiva comparada franco-española, la interrelación entre la concepción del derecho a la negociación colectiva y las condiciones de inicio de un proceso negocial.

En este marco, siguiendo la tradicional metodología francesa, el trabajo se divide en dos partes. En la primera, se hará referencia a la concepción del derecho a la negociación colectiva en los ordenamientos jurídicos español y francés, antes de tratar, en una segunda parte, los mecanismos legales de fomento del inicio del proceso negocial.

## 1. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En el plano constitucional, surge, de inmediato, una gran diferencia entre el ordenamiento jurídico español y el francés. Mientras el artículo 37.1 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) proclama de forma explícita el derecho a la negociación colectiva de los representantes de los trabajadores y empresarios, la Constitución Francesa

---

<sup>1</sup> S. González Ortega, “El procedimiento de negociación: iniciativas negociadoras y deber de negociar. Su formalización y la constitución de la comisión negociadora”, en *Sindicalismo y Democracia. El Derecho sindical español del Profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después*, Comares, 2017, pp. 797-816.

<sup>2</sup> S. González Ortega, op. cit., 2017, p. 799.

de 1958 permanece silenciosa en la materia. Sin embargo, en Francia, cobra especial importancia el llamado bloque de constitucionalidad que reconoce toda una serie de derechos sociales y económicos, entre ellos, el derecho de participación de los trabajadores al cual se ha vinculado el derecho a la negociación colectiva. En todo caso, veremos que, tanto el alcance como los sujetos titulares del derecho a la negociación colectiva, muestran diferencias sustanciales entre ambos ordenamientos jurídicos.

### 1.1. Un derecho reconocido a los representantes de trabajadores y empresarios en virtud de su autonomía colectiva en España

En virtud del artículo 37.1 CE, *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios [...]”*. Por lo que aquí nos interesa, esta fórmula permite destacar tres aspectos fundamentales.

En primer lugar, el artículo 37.1 CE ha de ponerse en conexión con el artículo 7 CE que da cuenta del pluralismo social, y con el artículo 28 CE relativo en sus dos apartados al derecho de libertad sindical y al derecho de huelga. La combinación de estos artículos da forma a la autonomía colectiva entendida en sentido amplio, es decir, en referencia a sus tres componentes: las capacidades de autoorganización, de autotutela y de autorregulación<sup>3</sup>. Igualmente, reduciendo la mirada, el artículo 37.1 CE da cuenta, por sí solo, del reconocimiento de la autonomía colectiva en sentido estricto, es decir, como fuente material, como “poder conferido a los representantes de los trabajadores y empresarios de regular las relaciones de trabajo, por medio de acuerdos vinculantes”<sup>4</sup>, lo que se ha plasmado en el artículo 82.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

En segundo lugar, el papel de la ley en cuanto a la aplicabilidad del derecho a la negociación colectiva ha suscitado algún debate doctrinal. Dicho de otro modo, se ha discutido si el derecho a la negociación colectiva emanaba directamente de la Constitución o si requería un desarrollo legal.

Según una interpretación literal del precepto, un sector doctrinal minoritario considera que el derecho a la negociación colectiva no tiene aplicación directa y debe ser necesariamente desarrollado por ley, a la que la Constitución atribuye un mandato<sup>5</sup>. Con algún matiz, otro autor estima que se trata de una garantía institucional que permite garantizar a la negociación colectiva un espacio protegido ante el intervencionismo estatal<sup>6</sup>. No obstante, la doctrina mayoritaria considera que el artículo 37.1 CE, por una parte, reconoce el derecho a la negociación colectiva y su aplicación directa, por lo que no requiere necesariamente desarrollo legal y, por otra parte, establece el papel de la ley de promover y garantizar dicho derecho sin desnaturalizarlo<sup>7</sup>.

La aplicabilidad directa e inmediata del artículo 37.1 CE ha recibido la aceptación positiva del Tribunal Constitucional (TC), cuando afirma en la STC 58/1985 de 30 de abril,

<sup>3</sup> El profesor Alarcón Caracuel aludía a la autonomía colectiva como macro-concepto (ver “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, in *La reforma de la negociación colectiva*, Coord. M.R. Alarcón Caracuel et S. Del Rey Guanter, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 57) y M. De La Cueva utiliza la imagen del triángulo equilátero (ver *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva*, Recopilación de escritos de Mario de la Cueva realizada por Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 675 y ss.)

<sup>4</sup> S. González Ortega y otros, *Derecho del trabajo de la empresa*, Colex, 2ª ed. 2003, p. 81.

<sup>5</sup> A. Montoya Melgar, “Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores”, in *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, ACARL, 1984, p. 54.

<sup>6</sup> M. Rodríguez-Piñero, “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”, *Relaciones Laborales*, 1992-I, p. 53.

<sup>7</sup> F. Valdés Dal-Ré, “El derecho a la negociación colectiva laboral en la Jurisprudencia constitucional I y II”, *Relaciones Laborales*, 1990- I, p. 6; M. Alonso Olea, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1990, p. 120; M.R. Alarcón Caracuel, “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, in *La reforma de la negociación colectiva*, Coord.

que “*la facultad que poseen “los representantes de los trabajadores y empresarios” (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional*”. De ello, deriva el fundamento de la legalidad del convenio colectivo extraestatutario. Así, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva se puede realizar al margen del desarrollo legal, sin perjuicio, eso sí, de la dialéctica legal entre legitimación negocial y eficacia personal del fruto del proceso negocial, tal como lo reflejan perfectamente, entre otras, las SSTC 73/1984 o 108/1989<sup>8</sup>.

Ahora bien, más recientemente, el TC ha tomado una posición muy nítida, y a su vez muy criticable<sup>9</sup>, afirmando que el derecho a la negociación colectiva es de configuración legal y que su modelo no deriva de la Constitución<sup>10</sup>, lo que ha impactado sustancialmente, entre otras, en las reglas de la estructura de la negociación colectiva.

En tercer lugar, a diferencia de los derechos de huelga y de libertad sindical que cuentan con una dimensión individual, el derecho a la negociación colectiva solo se concibe de manera colectiva y se reconoce a los “*representantes de los trabajadores y empresarios*”. Esta doble titularidad se inscribe en el reconocimiento de la autonomía colectiva y pone de relieve el carácter bilateral de la negociación colectiva a través de una norma autónoma<sup>11</sup>, singularmente, el convenio colectivo.

## 1.2. Un derecho reconocido a los trabajadores frente al poder del empresario, como emanación del principio de participación de los trabajadores, en Francia

La Constitución francesa de la V República se centra fundamentalmente en la organización del Estado y en la determinación del papel y funciones de las diferencias institucionales, sin reconocer expresamente derechos sociales. No obstante, el Consejo constitucional ha recurrido a varios textos y principios a los cuales se les ha reconocido valor constitucional, lo que se ha denominado “*bloque de constitucionalidad*”<sup>12</sup>.

Así, el Preámbulo de la Constitución de 1946 contempla una serie de principios de carácter social y económico, denominados “*principios-normas*” con valor constitucional, entre los que consta el “*principio de participación de los trabajadores*” recogido en el párrafo 8 del Preámbulo, según el cual “*todo trabajador participa, mediante sus delegados,*

M.R. Alarcón Caracuel y S. del Rey Guanter, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 59; T. Sala Franco, *La negociación colectiva y los convenios colectivos*, Bilbao, Deusto, 1990, p. 11.

<sup>8</sup> Como lo pone de relieve S. González Ortega, “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, in *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991: análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, coord. M. Ramón Alarcón Caracuel, 1992, pp. 396 y ss.

<sup>9</sup> Por ejemplo, J. Cruz Villalón, “Interrogantes y equívocos de la jurisprudencia constitucional sobre la reforma laboral de 2012”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2015, pp. 305 y ss.; M<sup>a</sup>.E. Casas Baamonde, “La negociación colectiva en la Constitución. Balance y retos del futuro”, in *La negociación colectiva: Balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución*, Ministerio de Trabajo, 2018 pp. 30 y ss., que habla de “desustancialización del derecho fundamental a la negociación colectiva laboral”, dado que “en las SSTC 119/2014 y 8/2015 la función garantizadora de la ley del derecho fundamental de negociación colectiva y de las instituciones garantizadas por el artículo 37.1 se ha convertido en función limitadora al amparo de la calificación del derecho a la negociación colectiva como de libre configuración legal” (p. 51).

<sup>10</sup> SSTC 119/2014 y 8/2015. Esta posición encuentra eco en sentencias anteriores en las cuales se insistió ya en el mandato a la ley, por ejemplo, STC 208/1993.

<sup>11</sup> Tal como se refiere a ella S. González Ortega y otros, op. cit., 2003, p. 131.

<sup>12</sup> A este bloque hace referencia el Preámbulo de la Constitución de 1958 que alude a la declaración de los derechos humanos de 1789, al Preámbulo de la Constitución de 1946 y a la Carta del Medio Ambiente de 2004. Igualmente hay que añadir lo que el Consejo constitucional califica de “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” (DC 16 de julio de 1971 relativa a la libertad de asociación; ver A. Jeammaud, “Les principes dans le droit français du travail”, *Droit Social*, 1982, p. 621).

*en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo, así como en la gestión de las empresas*<sup>13</sup>.

Este principio de participación es polifacético y su contenido muy amplio. Naturalmente, comprende la participación de las personas trabajadoras en la vida de las empresas a través de sus representantes<sup>14</sup>. Igualmente, se entiende como una puesta en práctica de este principio cualquier “concertación apropiada” entre el empleador y los representantes de los trabajadores<sup>15</sup>. Así, los procesos de consulta no vinculantes para el empleador que pueden producirse en el seno empresarial constituyen una manifestación de este principio. Finalmente, el Consejo constitucional incluye el derecho a la negociación colectiva como emanación del principio de participación<sup>16</sup>. Ahora bien, en línea con el reconocimiento de sus otras manifestaciones, se recuerda que el principio de participación “no tiene por objeto, ni por efecto imponer en todos los casos que esa determinación [*colectiva de las condiciones de trabajo*] sea subordinada a la conclusión de acuerdos colectivos”<sup>17</sup>. Por lo tanto, la negociación colectiva no constituye la única y exclusiva vía para los trabajadores de participar en la determinación de sus condiciones de trabajo, que se puede llevar a cabo por una decisión unilateral del empleador si previamente se ha producido una “concertación apropiada”.

En todo caso, aparece nítidamente el carácter unilateral del principio de participación y, por ende, del derecho a la negociación colectiva, que se reconocen ambos a la parte trabajadora<sup>18</sup>. En consecuencia, excluye cualquier referencia a la autonomía colectiva. En este sentido, la negociación colectiva se contempla como un mecanismo de control y de limitación del poder empresarial, dicho de otra forma, se erige en contrapoder. Así, entendido de forma amplia, el principio de participación incluye cualquier proceso de control, de información, de diálogo, de consulta o de negociación que rodea el ejercicio del poder empresarial<sup>19</sup>.

En consonancia con lo anterior, a nivel legal, desde la ley de 13 de julio de 1971 se proclama “el derecho de los asalariados a la negociación colectiva del conjunto de sus condiciones de empleo y de trabajo, así como de sus garantías sociales”<sup>20</sup>. Esta ley marca el paso de la libertad de negociar de los interlocutores sociales reconocida por el Estado a través de la integración en el ordenamiento jurídico del convenio colectivo<sup>21</sup>, a un derecho unívoco de las personas trabajadoras que se ha de garantizar, especialmente en la empresas.

<sup>13</sup> En francés, “tout travailleur participe, par l’intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail [...]”. Sobre el alcance constitucional del principio, ver DC n° 77-79 de 5 de julio de 1977, *Dalloz*, 1979, p. 41, note L. Hamon.

<sup>14</sup> DC n° 93-328 du 16 déc. 1993, *Droit Social*, 1994, p. 139, note X. Pretot.

<sup>15</sup> DC n° 89-257 de 25 de julio de 1989, Ver A. Jeammaud, “Le droit constitutionnel dans les relations de travail”, *AJDA*, 1991, p. 612.

<sup>16</sup> Más proclive al reconocimiento de un derecho a la negociación colectiva autónomo, ver I. Odoul-Asorey, “La négociation collective, confortée par le principe de participation?”, *Droit social* 2015, p. 987 y Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel”, *Droit Ouvrier*, 2016, p. 426. Para ello, realiza una lectura voluntarista de la DC n° 2015-519 QPC de 3 de febrero de 2016.

<sup>17</sup> DC n° 89-257 del 25 de julio de 1989 y DC n° 93-328 del 16 de diciembre de 1993.

<sup>18</sup> DC n° 2015-519 QPC de 3 de febrero 2016, donde se afirma que no existe derecho equivalente para los empleadores.

<sup>19</sup> M.L. Morin, *Le Droit des salariés à la négociation collective, Principe Général du Droit*, Paris, LGDJ, p. 386. Para una opinión más matizada, ver G. Lyon-CAEN, “La Constitution française et la négociation collective”, *Droit Ouvrier*, 1996, p. 479.

<sup>20</sup> Hoy en día, art. L. 2221-1 CT : *Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s’exerce le droit des salariés à la négociation collective de l’ensemble de leurs conditions d’emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales.*

<sup>21</sup> Especialmente a través de la ley de 24 de junio de 1936 que atribuye al convenio colectivo eficacia general mediante el procedimiento administrativo de la extensión.



Finalmente, cabe hacer mención al papel de la ley en la configuración del derecho a la negociación colectiva. En primer lugar, en la línea del Consejo de Estado<sup>22</sup>, el Consejo constitucional afirma que “el artículo 34 de la Constitución coloca en el ámbito de ley la determinación de los principios fundamentales del derecho del trabajo y del derecho sindical; así, corresponde al legislador la función de determinar, en el respeto de los principios que enuncia el octavo párrafo del Preámbulo, las condiciones de su ejecución”<sup>23</sup>. En segundo lugar, desde una perspectiva cualitativa, el margen de la ley es muy amplio. En este sentido, el Consejo constitucional solo afirma que la intervención legal ha de efectuarse bajo el respeto al principio de participación<sup>24</sup>, por lo que se ha podido considerar que el Consejo constitucional no reconoce como principio el derecho a la negociación colectiva como tal, sino que marca los límites al poder reglamentario respecto al principio de libre negociación<sup>25</sup>. Se queda así evasivo en cuanto al contenido del principio, lo que le garantiza una amplia facultad de interpretación de la ley. Esta concepción liberal constituye, sin duda, un límite importante al reconocimiento y alcance de los derechos sociales<sup>26</sup>. Ahora bien, aparte de los compromisos internacionales<sup>27</sup>, cabe afirmar que la ley puede restringir o promover la negociación colectiva, pero no la puede afectar sustancialmente ni suprimirla<sup>28</sup>. Incluso, el Consejo constitucional considera que se han de establecer garantías legales para concretar el principio de participación, así como el derecho a la negociación colectiva, haciendo mención expresa a la previsión de un estatuto protector para los negociadores que garantiza su independencia<sup>29</sup>.

En definitiva, la vinculación del derecho a la negociación colectiva al principio de participación reconocido a la parte trabajadora le otorga indirectamente relevancia constitucional, pero excluye cualquier reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva, como poder normativo concurrente o complementario al Estado<sup>30</sup>. Sin embargo, a nivel legal, es importante apreciar que, desde la Ley n° 2007-130 de 31 de enero de 2007, el Código de Trabajo debuta con el reconocimiento del papel de los agentes sociales en la elaboración de la ley laboral<sup>31</sup>, lo que remite a la idea, muy politizada, de democracia social<sup>32</sup>.

En todo caso, cabe afirmar que el derecho a la negociación colectiva se configura fundamentalmente como un derecho de las personas trabajadoras, como un límite a los

<sup>22</sup> Tal como lo recuerda el Consejo de Estado en su decisión de 21 de julio de 1970.

<sup>23</sup> DC n° 77-79 de 5 de julio de 1977, *Recueil Dalloz*, 1979, p. 41, note L. Hamon. En francés, “l’article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu’ainsi c’est au législateur qu’il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre”. Especialmente, en materia de negociación colectiva, DC n° 89-257 de 25 de julio de 1989; DC n° 93-328 de 16 de diciembre de 1993; DC n° 2004-494 de 29 de abril de 2004.

<sup>24</sup> DC n° 77-83 del 20 de julio de 1977 y, especialmente en materia de negociación colectiva, DC n° 89-257 del 25 de julio de 1989 y DC n° 93-328 del 16 de diciembre de 1993.

<sup>25</sup> G. Lyon-CAEN afirma que “Les principes généraux du droit du travail”, in *Les tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. Camerlynck*, Dalloz, Paris, 1978, p. 36.

<sup>26</sup> X. Pretot, “Les bases constitutionnelles du droit social”, *Droit Social*, 1991, p. 195 ; G. Lyon-Caen, “La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail”, *Recueil Dalloz*, 1989, chron. XLV, p. 293.

<sup>27</sup> Tanto respecto a los convenios de la OIT ratificados como respecto al derecho europeo (para el derecho internacional, ver M.L. MORIN, op. cit., 1994, p. 113 y para el derecho europeo, ver P. Rodière, *Droit Social de l’Union européenne*, 3ª ed., LGDJ, Paris, 2022).

<sup>28</sup> J. Pelissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud Y E. Dockes, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4ª ed. Dalloz, Paris, 2008, p. 720.

<sup>29</sup> DC n° 96-383 de 6 de noviembre de 1996.

<sup>30</sup> G. Lyon-Caen, “A propos d’une négociation sur la négociation”, *Droit Ouvrier*, 2001, p. 3.

<sup>31</sup> En virtud del artículo L. 1 CT, las reformas laborales han de ser objeto de una concertación previa con los agentes sociales, que pueden decidir apropiarse de la cuestión e iniciar un proceso negociador sobre las materias abordadas por la reforma. Ahora bien, este mismo artículo contempla vías por las cuales el Estado puede eludir este trámite, vías que, en la práctica, han sido muy aprovechadas. Para profundizar, ver A. Supiot, “La Loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative”, *Droit Social*, 2010, p. 525

<sup>32</sup> P.Y. Verkindt, “L’article L. 1 du Code du Travail au miroir des exigences de la démocratie sociale”, *Droit Social*, 2010, p. 519.

poderes empresariales. En este sentido, el ordenamiento jurídico francés adopta una posición que se podría calificar de paternalista, pues partiendo del estado de subordinación y de la posición de inferioridad de las personas trabajadoras, les otorga el derecho a negociar colectivamente sus condiciones de trabajo y empleo ante su empleador.

## 2. LOS MECANISMOS LEGALES DE FOMENTO DEL INICIO DEL PROCESO NEGOCIAL

Tal como acabamos de observar, ambos dispositivos se acercan en cuanto a la atribución de la ley para poner en marcha y definir las modalidades de concreción de este derecho que se ha de garantizar y fomentar.

Por otra parte, es indubitable que, en ambos ordenamientos jurídicos, los desarrollos legales del derecho a la negociación colectiva han sido influenciados de forma substancial por la concepción constitucional del derecho a la negociación colectiva antes descrita. Por consiguiente, no es de extrañar que los mecanismos que permiten su garantía y su efectividad, presenten una fisonomía muy distinta.

Pues bien, para dar cuenta de ello, resultan particularmente ilustrativos los mecanismos legales de fomento del inicio del proceso negocial.

### 2.1. El deber de negociar en España

Con el propósito de fomentar el derecho a la negociación colectiva y garantizar su ejercicio, el ET ha optado por establecer un deber de negociar (art. 89.1 párr. 2 ET). Se trata, pues, de un deber impuesto por la ley, que no deriva del artículo 37.1 CE.

De acuerdo con la titularidad bilateral del derecho a la negociación colectiva, este deber pesa sobre la parte receptora de la comunicación de solicitud de inicio del proceso negocial, es decir, el deber de negociar, puede aplicarse al empresario, pero igualmente a los representantes de los trabajadores. En todo caso, el deber de negociar no impacta, de ninguna forma, sobre el final de la negociación y no implica que se alcance un acuerdo.

Tres aspectos en relación con el deber de negociar pueden ser señalados.

El primer aspecto a destacar remite a los supuestos en los cuales es exigible el deber de negociar, dado que el artículo 89.1 párr. 2 ET prevé que puede negarse a negociar la parte receptora de la comunicación de inicio de negociación “por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84”.

La causa legal<sup>33</sup> y la causa convencional<sup>34</sup> no plantean mayor dificultad. Por el contrario, la tercera excepción al deber de negociar resulta más compleja. Pues bien, subrayando los riesgos de proceder a una lectura superficial o una interpretación muy literal del precepto legal, el profesor González Ortega pone de relieve que existe una serie de supuestos, más allá del supuesto de la revisión de un convenio colectivo ya vencido<sup>35</sup>, en los cuales se

<sup>33</sup> Por ejemplo, no contar con la legitimación plena (STS 2/12/2016, rec. 14/2016) o no comunicar por escrito la solicitud de inicio de las negociaciones.

<sup>34</sup> Se trata esencialmente de incumplimientos de los requisitos convencionales de forma, condiciones y plazo de denuncia del Convenio anterior.

<sup>35</sup> Respecto a este supuesto, señala con acierto que la exigencia de simultaneidad entre el acto de denuncia y la propuesta de negociación “no puede convertirse en el pretexto para justificar la resistencia a negociar de la parte que recibe la oferta [...] y que] más que una obligación en sentido estricto, debe considerarse como una sugerencia o indicación práctica del legislador” (S. GONZÁLEZ ORTEGA, op. cit., 2017, p. 801). En este sentido, el Tribunal

puede exigir el cumplimiento del deber de negociar. Así, alude a la hipótesis de propuesta patronal de negociación de un acuerdo de descuelgue del artículo 84.2 ET teniendo en cuenta “la evidente intención de la ley de fomentar este tipo de negociación en el ámbito de la empresa” y la ausencia de causa legal o convencional que impida la negociación<sup>36</sup>; al cambio ascendente de unidad de negociación, puesto que, de acuerdo con el principio de prioridad temporal, “quienes se regulan a nivel inferior por un convenio vigente no se verán afectados por la negociación del nuevo de ámbito superior”<sup>37</sup>; y a la propuesta de negociación en ausencia de convenio colectivo anterior o concurrente, dado que “el propio fomento de la negociación colectiva y la oportunidad de la existencia de esa norma convencional, justifican que el receptor de la propuesta de negociación deba aceptarla”<sup>38</sup>.

El segundo aspecto conduce a abordar el ámbito temporal del deber de negociar, especialmente la determinación del momento en el cual se puede dar por cumplido. Esta cuestión plantea dificultades, pues se entremezcla con la del ámbito de aplicación del principio de buena fe en las negociaciones proclamado en el artículo 89.1 párrafo 3 ET. Ello ha producido controversias doctrinales. Para resolverlas, se pueden tomar en consideración las palabras del profesor González Ortega, según las cuales el deber de negociar de buen fe remite a “un determinado comportamiento durante el proceso de negociación ya iniciado [...] orientado a la obtención del acuerdo una vez que la negociación ha comenzado y hasta su finalización”, mientras el deber de negociar se refiere a “la obligación de quien recibe la propuesta de estar disponible para comenzar la negociación del convenio”, es decir, se concibe como “un modo de asegurar el inicio del proceso de negociación”<sup>39</sup>.

Finalmente, el tercer aspecto remite al ámbito material del deber de negociar y permite subrayar que no se especifican temáticas de negociación en especial. Se impone un deber de negociar de forma general, según se acuerde en la comisión de negociación. Ahora bien, se detecta en los últimos años una tendencia legal que consiste en remitir a la negociación colectiva la regulación de determinadas materias, hasta contemplar deberes de negociar que presentan muchas similitudes con la regulación francesa. Al respecto, se puede hacer referencia especialmente a las cuestiones de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres<sup>40</sup> o, desde la reforma del RDL 32/2021, si bien con algunas reservas, a aspectos de la regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial, temporal o fijo-discontinuo<sup>41</sup>.

## 2.2. Las obligaciones de negociar en Francia

Si bien la proclamación del “*derecho de los asalariados a la negociación colectiva*” en la ley del 13 de julio de 1971 marcó una etapa importante, hubo que esperar hasta una de las leyes Auroux, ley de 13 de noviembre de 1982, para que se concretizara la anterior

---

Supremo considera que denuncia del convenio e iniciativa para negociar son actos diferenciados que pueden, o no, coincidir (STS 2/12/2016, rec. 14/2016).

<sup>36</sup> S. González Ortega, op. cit., 2017, p. 801-802.

<sup>37</sup> S. González Ortega, op. cit., 2017, p. 802. Consecuentemente, si bien reconociendo la posición restrictiva y contraria del Tribunal Supremo que se fundamenta en un “indeterminado y ambiguo principio de conservación de nivel”, el profesor González Ortega considera que, al fin de la vigencia de un convenio colectivo de ámbito superior, debería existir un deber de negociar si se formaliza una propuesta de negociación en un ámbito inferior, permitiendo, por lo tanto, un cambio descendente de unidad de negociación (p. 804).

<sup>38</sup> S. González Ortega, op. cit., 2017, p. 805.

<sup>39</sup> S. González Ortega, op. cit., 2017, p. 799.

<sup>40</sup> Art. 85.1 párr. 2 ET.

<sup>41</sup> Independientemente de la determinación y realidad de la sanción en caso de incumplimiento, el uso del futuro simple podría marcar una cierta obligación para los negociadores. Al respecto, se pueden citar los artículos 12.4 f) ET (“Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, [...]”); art. 15.8, párr. 3 ET (“Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo [...]”); art. 16.3 ET (“Mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas”).

proclamación general, vía la previsión de procesos de negociaciones obligatorias de forma periódica en los ámbitos sectoriales y empresariales.

Estos mecanismos de negociación obligatoria y periódica representan, sin lugar a dudas, una seña de identidad del modelo francés de negociación colectiva. En todo caso, se trata de obligaciones de llevar a cabo procesos negociales y, de ninguna manera, de obligaciones de alcanzar un acuerdo.

La regulación de estas obligaciones de negociar varía según el ámbito de que se trata, lo que conduce a distinguir los ámbitos sectoriales y empresariales. Igualmente, como consideración general, cabe señalar que el ámbito material y la periodicidad de las negociaciones obligatorias van unidos y han ido variando desde su instauración en el lejano año 1982.

En el ámbito sectorial, el marco legal ha sido sustancialmente modificado por la ley de 8 de agosto de 2016 y por la Ordenanza nº 2017-1385 de 22 de septiembre. Mientras anteriormente, la ley preveía reglas imperativas fijando la periodicidad y el contenido material de las negociaciones, las reformas legales han optado por remitir a los propios interlocutores sociales la facultad de organizar el desarrollo de estas negociaciones obligatorias. Así, una de las partes de un acuerdo o convenio colectivo sectorial puede solicitar la apertura de un proceso negocial relativo a los procesos de negociación obligatorios con el fin de establecer el calendario, la periodicidad, los temas y las modalidades de las negociaciones<sup>42</sup>. En esa negociación, han de participar todas las organizaciones representativas, sean o no firmantes del convenio o acuerdo sectorial<sup>43</sup>. Solo en defecto de acuerdo o de su incumplimiento, se aplicará la regulación legal subsidiaria<sup>44</sup>. Ella implica que el empleador ha de dar continuidad a una solicitud de negociación formulada por la parte social del acuerdo colectivo, en las condiciones legalmente definidas.

Ahora bien, los negociadores sectoriales tampoco disponen de libertad absoluta, sino que el marco legal establece reglas imperativas que se han de respetar en todo caso<sup>45</sup>. Concretamente, se prevé una limitación de la periodicidad máxima a cuatro años para materias como el salario, la igualdad profesional entre hombres y mujeres, las condiciones de trabajo<sup>46</sup>, la inserción de las personas con discapacidad y la formación profesional o una limitación a cinco años en materia de clasificación profesional y de plan de ahorro salarial. Igualmente, sin establecer periodicidad, se ha de abrir un proceso negocial en materia de empleo a tiempo parcial, si al menos un tercio de las personas trabajadoras del sector desempeñan sus funciones bajo esa modalidad contractual.

En el ámbito empresarial, las iniciales obligaciones de negociar de la ley de 1982, limitadas a cuestiones de salarios y de tiempo de trabajo, han ido evolucionando a través de las modificaciones introducidas por la ley de 17 de agosto de 2015 y por la Ordenanza nº 2017-1385 ya citada.

El primer aspecto que conviene resaltar consiste en una diferencia importante respecto a la regulación prevista en el ámbito sectorial. En efecto, las obligaciones de negociar pesan sobre la parte patronal y colocan al empresario en el centro del proceso. Así, siempre y cuando existan en la empresa una o varias secciones sindicales de organizaciones sindicales

<sup>42</sup> Art. L. 2241-4 a L. 2241-6 CT. Esta regla implica que no existe obligación de negociar en los sectores que no cuentan con regulación convencional previa.

<sup>43</sup> Cass. Soc. 12 sept. 2007, *JCP S*, 2008, 1325, note C. NEAU-LEDUC.

<sup>44</sup> Art. L. 2241-7 y ss. CT.

<sup>45</sup> Art. L. 2241-1 a L. 2241-3 CT.

<sup>46</sup> Así como la gestión previsional del empleo y de las competencias y la toma en consideración de los efectos de la exposición a los riesgos profesionales.

representativas, el empresario debe tomar la iniciativa del proceso de negociación y convocar a todas las organizaciones sindicales representativas<sup>47</sup>.

Ahora bien, las condiciones en las cuales el empleador ha de actuar varían. En efecto, la regulación de esas obligaciones presenta una fisionomía similar a la prevista en el ámbito sectorial, puesto que existen disposiciones imperativas<sup>48</sup> y disposiciones subsidiarias en defecto de acuerdo colectivo en la materia<sup>49</sup>. Si existe acuerdo, que deberá fijar el calendario, la periodicidad, los temas y las modalidades de negociación, naturalmente, el empresario deberá cumplir lo pactado e iniciar el proceso negocial de acuerdo con la periodicidad convenida<sup>50</sup>. En ausencia de acuerdo, el empresario seguirá obligado a tomar la iniciativa de la negociación en virtud de la periodicidad fijada de forma subsidiaria por la ley, concretamente de forma anual.

Resulta interesante poner de relieve que la ley prevé, en todo caso, una periodicidad máxima de cuatro años para que se negocien las materias contempladas legalmente: remuneración, tiempo de trabajo, reparto del valor añadido en la empresa, igualdad profesional entre hombres y mujeres<sup>51</sup> y, finalmente, calidad de vida y condiciones de trabajo<sup>52</sup>. Dicho de otro modo, un acuerdo colectivo puede establecer una periodicidad entre uno y cuatro años.

Finalmente, conviene abordar las consecuencias del incumplimiento patronal de tomar la iniciativa del proceso negocial. La primera etapa consiste en la intervención de las organizaciones sindicales representativas que pueden solicitar la apertura del proceso negocial. A partir de ahí, el empleador ha de informar en un plazo de 8 días al resto de organizaciones representativas y convocarlas a una primera reunión en un plazo de 15 días. Si, pese a la intervención sindical, el empleador permanece pasivo, compromete su responsabilidad, no solo civil sino también penal<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> Art. L. 2242-1 CT.

<sup>48</sup> Art. L. 2242-1 a L. 2242-9 CT.

<sup>49</sup> Art. L. 2242-13 a L. 2242-21 CT.

<sup>50</sup> Art. L. 2242-10 a L. 2242-12 CT.

<sup>51</sup> En la materia, la obligación de negociar, sin convertirse en una obligación de alcanzar un acuerdo, posee mayor alcance, puesto que, en defecto de acuerdo, el empleador deberá elaborar unilateralmente un plan de acción anual (art. L. 2242-3 CT).

<sup>52</sup> Conviene precisar que, en las empresas de, al menos, 300 personas trabajadoras, así como en las empresas de dimensión comunitaria, se ha de negociar en materia de gestión de los empleos, con una periodicidad máxima de cuatro años o con una periodicidad de tres años en defecto de acuerdo (art. L. 2242-2 y L. 2242-20 CT).

<sup>53</sup> Art. L. 2243-1 y L. 2243-2 CT.

## LA ULTRAACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

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

Universidad Pablo de Olavide

*A un Gran Maestro, el Profesor González Ortega,  
ejemplo de una auténtica vocación universitaria,  
en su esfuerzo, en su generosidad y en su honestidad.*

*“al margen de solicitudes excesiva y tanto obsesivamente centradas en la simple eliminación de la ultraactividad de los convenios, hay espacio para reformas que, garantizando los valores ..., restituya a la autonomía colectiva ..., obligándola a asumir las responsabilidades y las cargas que la misma supone”*

Santiago González Ortega<sup>1</sup>

### SUMARIO:

1. CONCEPTO Y FUNCIONALIDAD DE LA ULTRAACTIVIDAD
2. LAS REFORMAS DEL ARTÍCULO 86 ET: la ultraactividad como supuesta rémora para la renovación del convenio colectivo
3. PRINCIPALES DISTORSIONES DEL CONVENIO ULTRAACTIVO
4. VUELTA A LA ULTRAACTIVIDAD INDEFINIDA, DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y CONTINUIDAD DE LA DOCTRINA DE LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

---

<sup>1</sup> “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Temas Laborales* núm. 76/2004, pp. 135-163.

## 1. CONCEPTO Y FUNCIONALIDAD DE LA ULTRAACTIVIDAD

La ultraactividad es una categoría dogmática que ciertamente resulta extraña al Derecho, en general, pero muy especialmente al de Obligaciones y Contratos, toda vez que supone que una disposición siga desplegando efectos jurídicos una vez ha agotado su vigencia, es más, después de haber alcanzado su término final, incluso a pesar de haberse establecido de un modo explícito su carácter resolutorio.

La rareza es predicable también a nivel gramatical, tanto que no existe unanimidad a la hora de abordar su ortografía, mejor, la formulación más apropiada del vocablo, toda vez que se ha de partir de su no inclusión en el diccionario común. De ahí que a veces aparezca con sus dos lexemas por separado, mientras que en otras ocasiones se construya como una palabra compuesta, bien mediante el uso de un mero guion, bien sin éste, incluso omitiendo la reiteración de la vocal que produce una cierta cacofonía. En todo caso, el modo con el que aparece más extendido en nuestra bibliografía científica es sin duda el que se utiliza aquí en el título.

Con independencia de que no sea necesario tener que profundizar en este momento en la significación propia de la ultraactividad, lo que sí debe quedar claro a efectos de esta aproximación etimológica es que se trata de un estadio más de la aplicabilidad y/o vigencia temporal del convenio colectivo<sup>2</sup>, pero sin que ello suponga en ningún caso una mayor eficacia jurídica de éste, en el sentido de reforzada respecto de la que se considere normal u ordinaria. Es decir, se ha de desechar la segunda acepción que atribuye el DRAE al elemento compositivo “ultra” (en su grado extremo), y quedarnos si acaso con la principal, “más allá de”, que en sentido figurado sería algo así como la prolongación que se encuentra una vez alcanzado el confín conocido o previsto.

La ultraactividad del convenio colectivo no es sin embargo una figura para nada rara, en el sentido de poco conocida, en el ámbito de los sistemas de relaciones laborales, más bien todo lo contrario, se muestra a modo de constante casi universal en todo tiempo y lugar, erigiéndose en un tipo de solución legislativa de lo más generalizado, tanto a nivel nacional o interno<sup>3</sup>, como de derecho comparado<sup>4</sup>. Datos ambos que curiosamente no suelen resaltarse.

La funcionalidad principal de este instituto puede afirmarse que resulta tan indiscutida como evidente: evitar el vacío de regulación que supone la desaparición definitiva de un

<sup>2</sup> La dimensión temporal del convenio colectivo es una materia sobre la que se ha ocupado en varias ocasiones nuestro admirado Prof. González Ortega. De hecho, fue el objeto del ejercicio de investigación presentado en el concurso por el que accedió por primera vez al cuerpo de Catedráticos de Universidad, también el de su colaboración en el libro homenaje a Tomás Sala Franco, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2016, pp.1517-27, “Vigencia del convenio colectivo, prórroga ordinaria y sucesión de convenios”. Pero no solo estos, aspectos intrínsecos a esta misma cuestión se tratan en otras tantas publicaciones, como “Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 30/1987, pp.187-206, o los informes y estudios realizados sobre la negociación colectiva en sectores específicos como la Enseñanza Privada (2004 y 2008) y el Metal (2000), a instancias de la CCNCC y el Ministerio de Trabajo, respectivamente.

<sup>3</sup> Fernández López, M<sup>a</sup> F., “El alcance material de la ultraactividad de los convenios denunciados”, *Relaciones laborales*, núm. 2/1999, pp. 101-117, nos muestra que los antecedentes remotos de la institución se localizan en la ley de convenios colectivos de 1958, pasando sin solución de continuidad hasta nuestros días con independencia de sus correspondientes adaptaciones, primero en la ley 38/1973, de 19 de diciembre, después a través de las distintas regulaciones del Estatuto de los Trabajadores. Sobre las diferentes redacciones acogidas por éste, hasta su reforma de 2012, Martín Valverde, A., “Régimen de la ultraactividad”, en *Comentarios...*, cit., pp. 1532-5.

<sup>4</sup> Desdentado Bonete, A., “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral* núm. 3/2015 -también disponible en Westlaw Aranzadi (BIB 2015\1022), versión que se usa para la cita-, describe sintéticamente los casos de Francia, Reino Unido, Alemania e incluso Italia, p. 15. Sobre la existencia de esta misma figura en Austria y su enjuiciamiento ordinario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, da testimonio la sentencia de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-328/13.

concreto convenio colectivo, sobre todo, durante el interregno que media entre la finalización de su vigencia y la efectiva irrupción del que haya de ser su sucesor, ya sea por renovación o nueva edición del caducado, ya porque ocupe su espacio funcional y territorial otro convenio de ámbito distinto. Ausencia coyuntural de convenio que se entiende, *per se*, provoca un buen número de consecuencias negativas, generalizadas además para ambas partes de la relación laboral, pero que se mitigan mediante un mandato tan sencillo y directo como es el que ordena la continuidad de su aplicación mientras esa sucesión no se perfeccione sin solución de continuidad. Por supuesto, es una regla que solo se despliega una vez haya concluido toda prórroga reglada u ordinaria del texto originario, ya sea proveída por un acto explícito de voluntad de sus negociadores, ya por actos tácitos de estos mismos pero igual de concluyentes, como es la ausencia de la necesaria denuncia de la vigencia, circunstancia que desencadena igualmente su prolongación en el tiempo por automática reconducción.

El Prof. González Ortega denomina a esta singular fase temporal del convenio colectivo como “prórroga provisional o excepcional”, y la identifica como aquella que sigue normalmente a la prórroga regular, siendo por ello de duración incierta e incluso de desarrollo imprevisible, al contrario de la anterior, que sí está prevista y, de ordinario, regulada en forma y hasta en detalle por los propios negociadores. De ahí que entienda la ultraactividad como una solución que puede llegar a resultar, en principio, hasta contraria a la verdadera voluntad de la autonomía colectiva, sin perjuicio de que pueda entenderse respetuosa con ella en la medida en que se configure legalmente como una regla dispositiva y en ningún caso imperativa<sup>5</sup>.

Junto a este objetivo básico de evitar vacíos de regulación y de garantizar por tanto un mínimo de estabilidad en el desarrollo de la relación laboral, suelen situarse en el análisis para la aprehensión de la naturaleza y funcionalidad última de la ultraactividad, otros dos elementos o condicionantes esenciales. De una parte, se encuentra la premisa del carácter necesariamente temporal del convenio colectivo. Se suele formular este determinante a modo de imperativo categórico y absoluto, de los que no admiten excepción acerca de su validez. De otra, la idea, en parte derivada de la anterior, de la necesidad de que el convenio colectivo se adapte a las cambiantes circunstancias de la empresa y el mercado, pues solo así podrá cumplimentar con otro requerimiento que resulta ínsito e inherente a la realidad económica y social que constituye su objeto, por cuanto que su inmovilismo y/o petrificación, se dirá, es un efecto a evitar en todo caso.

A partir de ahí se construyen las principales aproximaciones al concepto, que requieren en no pocas ocasiones del aporte de argumentos extras de compensación, al aceptarse la premisa de entrada que representa tener a esta prolongación extraordinaria de la efectividad del convenio como una restricción o, cuando menos, como una interferencia importante en las posibilidades de la autonomía colectiva; y, sobre todo, una quiebra del carácter necesariamente temporal y limitado del convenio, máxime si la ultraactividad puede extenderse de manera indefinida. Se adiciona también a lo anterior el carácter imprescindible que ha alcanzado la negociación colectiva en el sistema de fuentes, muy significativamente y entre nosotros la de naturaleza estatutaria, por la constante retracción de la ley y su conformación a modo de norma delegada, lo que justifica la necesidad de su perpetuación llegado un caso extremo, como es el que precipita la prórroga o extensión

<sup>5</sup> “Vigencia ...”, cit., p. 158. En los mismos términos Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “La aplicación en el tiempo del convenio colectivo”, Relaciones Laborales T.II/1988, p. 25 y ss. La posición más beligerante con la formulación técnica que se hace en España de los principales aspectos de la vigencia temporal del convenio, la de Durán López, F., “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, Relaciones Laborales, núm. 9/2014, pp.33-51; posición que reafirma, en lo esencial, en su aportación editada el 15.03.2022 en la web Garrigues.com, “Vigencia y ultra actividad de los convenios colectivos tras la reforma”.



extraordinaria de sus efectos<sup>6</sup>. Incluso se llegará a exigir a los negociadores, so riesgo de declaración de nulidad de la cláusula que lo establezca, la necesidad de fijar un régimen específico y alternativo de aplicación a las relaciones contractuales cuando se haga uso de la posibilidad de su exclusión total, tal y como sigue reconociendo hoy por hoy nuestra legislación laboral<sup>7</sup>, sin que sea válida por tanto la mera mención a su inaplicabilidad

En todos estos casos, y sin perjuicio de aceptar la plena validez de muchos de estos argumentos que se presentan como aval, entiendo que se está sobreponiendo el carácter negocial o contractual del convenio colectivo a su valor de auténtica norma, hasta el punto de confundirse la necesaria adaptabilidad de una regulación material con el tipo de fuente que la puede contener. Piénsese solo en la variabilidad y el carácter coyuntural con el que nacen numerosísimas normas económicas, sociales y fiscales, sobre todo las reglamentarias y de rango menor, y contrástese ese carácter con el canon definitorio clásico de ley: disposición general y abstracta, con vocación de duración intemporal.

Y es que una cosa es que una parte del convenio colectivo, sin duda importantísima -si no la que más-, como es su contenido económico, esté sometido a término, mejor, a necesaria revisión y/o actualización periódica, y otra bien distinta que el conjunto del continente tenga que desaparecer de forma poco menos que necesaria del catálogo de normas aplicables. De hecho, la regla legal de la ultraactividad puede estar temporalmente limitada y no tener que desplegarse siempre de forma indefinida para evitar el abismo del vacío normativo, pues existen técnicas y fórmulas complementarias a la que representa la perpetuación de la vigencia formal del convenio<sup>8</sup>.

La tesis a defender, sin perjuicio de un mejor desarrollo y, por supuesto, sin eludir la imperfección de algún detalle, como ocurre con cualquiera de las construcciones dogmáticas del Derecho Colectivo del Trabajo, pues al final ese carácter híbrido del convenio, entre ley y contrato, condiciona toda aproximación que se haga al mismo, se fundamentaría en su condición de norma jurídica objetiva, que hace suya expresamente el Ordenamiento tras exigirle el férreo cumplimiento de un sinfín de requisitos, tanto formales y procedimentales como materiales, tras asegurar un porcentaje importante de representatividad y, por ende, de verdadera legitimación de sus creadores.

Es por ello por lo que resulta impensable que, habiendo existido un convenio colectivo válido en un ámbito funcional y territorial determinado, éste pueda quedar desprovisto de esta clase de mandatos por el hecho del agotamiento de su vigencia y la no renovación en plazo del convenio sucesor, máxime en los supuestos en los que no exista otro producto negocial que pueda resultar aplicable. Pues no cabe apreciar entonces una laguna absoluta de regulación, como sí sucede cuando no ha habido nunca un convenio aplicable<sup>9</sup>. Otra

<sup>6</sup> Junto a los citados, y a título meramente indicativo pues la producción científica sobre este tema se multiplicó exponencialmente tras la reforma de 2012, vid. Alfonso Mellado, C., *La ultraactividad de los convenios colectivos. Una propuesta integral*, Bomarzo, 2015; Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, Tirant, 2015. También, en la web mites.gob.es, las ponencias de Goerlich Peset, J.M<sup>a</sup> y Olarte Encabo, S., en el Foro de Debate abierto en 2013 por la CCNCC sobre “La ultraactividad de los convenios colectivos”.

<sup>7</sup> Lousada Arochena, J.F., “La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho Social*, núm. 97/2022, pp. 93-121. En parecidos términos, González Ortega, S., cit., p. 159.

<sup>8</sup> Así ocurre en otros sistemas próximos, tal como nos expone Cialti, P.H. en: “Solución a la pérdida de ultraactividad del convenio sin nuevo acuerdo. El caso francés”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm.2/2016, pp. 173-185, a través de las llamadas ventajas individuales adquiridas, que se despliegan una vez superado el plazo de ultraactividad de un año. Su paralelismo con la solución de la contractualización adoptada por nuestra jurisprudencia mayor es sin duda innegable, aunque curiosamente tampoco se suele destacar este dato en los estudios.

<sup>9</sup> Se trata de una realidad altamente cuestionable ésta pese a que se afirme con carácter habitual, y hasta con cierta normalidad, la existencia de un importante porcentaje de población asalariada sin convenio, pues difícilmente pueden concretarse aspectos esenciales del contrato de trabajo, como es por ejemplo el mismo objeto de la prestación, sin el auxilio indispensable de un instrumento colectivo. De ahí el acierto de versiones anteriores del artículo 22 ET cuando reconocía validez a los sistemas que, en defecto de convenio, resultasen de “aplicación en la empresa”. Piénsese

cosa será si han de proyectarse todos sus mandatos o solo una parte, si los que pudieran calificarse como estrictamente técnicos o también los económicos, y si estos se trasladarían en ese caso de manera literal o de forma dinámica, a efectos de favorecer su adaptación.

El símil de las principales normas legales de contenido económico sometidas a término, como son las leyes de presupuestos que rigen la actuación de las Administraciones públicas, que se prorrogan automáticamente y que solo son expulsadas realmente del ordenamiento cuando exista otra que la suceda de manera efectiva y sin solución de continuidad, serviría para hacer más plástica esta idea, sin que quepa más excepción que la que representaría una hipotética determinación expresa de los negociadores de un convenio, acerca de la no prolongación en ningún caso de sus mandatos llegado el vencimiento del término que se fije. Lo que sería desde luego una muestra extrema de respeto a la autonomía colectiva, que ciertamente ha de asumir en ese caso, como se decía en la nota de inicio, todas sus cargas y obligaciones<sup>10</sup>.

De una u otra forma es claro que ese resultado de continuidad, al menos lo esencial de esa regulación material anterior, aunque pueda estar desfasada, u otra hábil procedente de un ámbito distinto o superior, evitando en todo caso ese vacío absoluto que haga necesario el despliegue de los mínimos legales de orden público y de derecho necesario, se alcanza en el normal de los supuestos, incluso tras la experiencia que recientemente hemos vivido en España en el decenio 2012-2022, tal y como nos ponen de manifiesto diversos estudios y hasta datos estadísticos oficiales<sup>11</sup>.

Llegados a este punto la cuestión es, tal como también nos evoca el trabajo del maestro que nos sirve de guía, qué relación tiene, y qué puede haber de cierto en ello, entre una determinada regulación positiva de la ultraactividad y los incentivos o rémoras para la renovación de un convenio colectivo cuando llega el momento de hacerlo.

## **2. LAS REFORMAS DEL ARTÍCULO 86 ET: LA ULTRA ACTIVIDAD COMO SUPUESTA RÉMORA A LA RENOVACIÓN DEL CONVENIO**

Un repaso a la evolución del régimen jurídico del ámbito temporal del convenio colectivo, muy especialmente sobre el modo de regulación de la ultraactividad en el ET, aunque solo sea por encima por la contención impuesta a cada aportación de esta obra, requiere destacar aquellas cuestiones que son verdaderamente capitales.

La primera es desde luego la continuidad de la previsión de la figura, que nunca ha desaparecido de nuestra normativa laboral, al igual que su protagonismo, por mucho que pasase de ser una regla imperativa en su inicio a dispositiva para las partes a partir de la reforma de 1994, pues rara vez trajo consigo su desaparición en casi ningún ámbito relevante. En segundo lugar, tiene que destacarse el papel de la distinción, más que clásica y aun operativa pese a que se crea lo contrario, entre parte obligacional y parte normativa del contenido del convenio, que es la única que ha de mantenerse en realidad con carácter necesario en el interregno sucesorio por aquello de la principal funcionalidad a garantizar. En tercer lugar, habría que subrayar los constantes intentos del legislador, sobre todo en sus últimas intervenciones y pese a que hayan resultado del todo inoperantes, por incentivar y

también como este tipo de contenidos estaban vedados a la negociación extraestatutaria dada su “proyección general a todos los trabajadores”, SS TS 30 de mayo de 1991 (rec. 1356/1990) y 21 de febrero de 2006 (rec. 88/2004).

<sup>10</sup> González Ortega, S., cit., p.159.

<sup>11</sup> Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida ¿Cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?”, *Temas Laborales* núm. 161/2022, pp.398-399.

hasta casi obligar a las partes a la adopción de una solución verdaderamente efectiva en la renovación y la superación de los bloqueos de negociación, incluidas las llamadas al arbitraje obligatorio salvo que expresamente se haya establecido lo contrario. Cuestiones todas que se encuadran en el principio general de amplísima libertad de las partes para la fijación de los distintos aspectos que conforman el ámbito temporal de todo convenio: duración, prórrogas -totales o parciales-, entrada en vigor y retroacción -plena o por bloques-, formas y efectos de la denuncia, ... etc. Materias que han sido por ello mismo más objeto de especificación y concreción que de reforma en sí en los sucesivos procesos revisores, en tanto que derivadas de ese principio base de remisión plena a la autonomía colectiva.

De todas estas cuestiones el aspecto que sin duda ha despertado más ocupación y preocupación en todos los sentidos ha sido el relativo al sentido del silencio de los negociadores sobre la propia ultraactividad, una vez consolidado su carácter dispositivo por la regulación legal<sup>12</sup>; y, tras la reforma de 2012, el de la significación última de la limitación temporal absoluta que se impuso al despliegue de sus efectos. En este específico sentido hay que partir del verdadero origen de tan singular regulación, que se ha de localizar en una vieja pretensión empresarial, tal y como nos enseñó el maestro González Ortega con motivo del análisis de los principales documentos de la concertación social<sup>13</sup>. Pretensión extrema que no salió adelante hasta que, como se sabe, no accedió al Gobierno el partido conservador en su segunda edición.

Pero para una mejor comprensión de las razones por las que se impuso finalmente este específico régimen se ha de recordar también la trascendencia que tuvo algún que otro factor adicional y que tampoco suele ser suficientemente resaltado, por supuesto, siempre más allá del que representa la siempre socorrida llamada a la crisis económica en la que se produjo esa penúltima reforma normativa y del sentido general de la estrategia que se adoptó para su superación (devaluación y cambios en la estructura de la negociación). Nos referimos sobre todo al problema que trajo consigo la extraordinaria amplitud con la que se configuró la denominada parte normativa del convenio colectivo, al favorecer, junto con el carácter indefinido de la ultraactividad, la creación de verdaderos escenarios a evitar.

En efecto, la constante retracción de la parte obligacional del convenio, por la hipertrofia que fue experimentando su alternativa, llevó a la generalizada conclusión de lo que en la actualidad nos muestra el artículo 86.3 ET<sup>14</sup>, esto es, que tras la denuncia y el fin de la vigencia pactada del convenio, incluso antes de la llegada de este último término para alguna posición<sup>15</sup>, lo único que decae realmente son las cláusulas de paz laboral<sup>16</sup>, manteniendo su efectividad la totalidad de lo convenido.

Construcción ambiciosa que supuso no solo la continuación de unas mismas condiciones de trabajo, a modo de foto fija que impide su minoración o marcha atrás, sino del entero

<sup>12</sup> En realidad, esta regla no es exactamente la misma que rige para el ámbito de la función pública, pues tanto la versión originaria del EBEP -Ley 7/2007, de 12 de abril-, como la vigente -RDL 5/2015, de 30 de octubre-, no contempla la misma solución en caso de silencio. El vigente artículo 38.12 establece lo siguiente: *La vigencia del contenido de los Pactos y Acuerdos una vez concluida su duración, se producirá en los términos que los mismos hubieren establecido.*

<sup>13</sup> “Vigencia y ultraactividad...”, cit., pp. 137-9 y 161.

<sup>14</sup> AA.VV., *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva* (Dir. Ignacio Albiol), MTAS-CCNCC, 2005.

<sup>15</sup> Morales Ortega, J.M., *Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/2021*”, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, núm. Monográfico/2022, p.237.

<sup>16</sup> La literalidad de la norma vigente sigue siendo la misma que se instauró en 2012: “Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia”. Se trata del denominado deber de paz absoluto, objeto singular y potencial de negociación según el inalterado artículo 82.2 ET, pues el deber de paz relativo, el que veda las huelgas novatorias, lo establece el artículo 11.c)

régimen jurídico, en el sentido de seguir desplegando efectos como si nada hubiese sucedido tras el correspondiente registro de la denuncia, esto es, de forma dinámica, permitiendo así el devengo de nuevos complementos y hasta la constante actualización de las tablas salariales, bien porque existieran genéricos compromisos de garantía de mantenimiento del poder adquisitivo, ya de expresos incrementos preestablecidos<sup>17</sup>.

Es este margo general de regulación el que proveerá uno de los supuestos extremos a los que puede conducir la combinación de la ultraactividad indefinida en el tiempo y el mantenimiento de la coercibilidad de lo que se había venido imponiendo casi sin contestación como parte normativa del convenio, hasta el punto que terminará provocando hasta la primera declaración del Estado de Alarma constitucional en España<sup>18</sup>. No referimos al conocido caso de los Controladores Aéreos, que parte de estos mismos precedentes fácticos explicativos, en ningún caso justificativos, por el colapso general que se generó. Un caso, se recordará, caracterizado por la exigibilidad de un régimen de jornada que venía siendo eludido de forma generalizada por las partes a través de acuerdos puntuales en materia de horas extraordinarias, en los que se preveían retribuciones compensatorias cada vez más escandalosas. Régimen de base al que no renunciaban en ningún caso los representantes sindicales de estos empleados públicos y que les servía de ariete en el largo proceso de renovación del convenio que se desarrolló, sin ningún fruto, evidentemente, hasta que estalló el conflicto. Nótese que por entonces, al igual que ahora salvo excepción, el control de los contenidos económicos de la negociación colectiva en el ámbito del sector público se centraba más en los incrementos de gasto directo (aumento salarial), que indirectos (necesidad de ampliación de plantilla), hasta el punto que la actuación de fiscalización realizada por la CECIR, con claros efectos retroactivos, solo sirvió para acomodar el importe de las bandas salariales a los topes autorizados por las distintas leyes generales de presupuestos, pero no para poder exigir una mayor dedicación horaria a estos empleados públicos.

El resultado final de aquel proceso supuso el dictado de una norma excepcionalísima de intervención<sup>19</sup>, que suspendía los efectos del convenio colectivo hasta entonces vigente, dictaba un régimen heterónomo de condiciones de trabajo con efectividad inmediata y preveía la imposición de una solución arbitral ad hoc, a medio plazo, a modo de solución transaccional.

La principal conclusión a extraer de lo anterior es que una pretensión de reforma del régimen de la ultraactividad, consistente en su “zafia e indiscriminada” eliminación, como la llegó a calificar González Ortega varios años antes de su entrada en vigor, incluso parcialmente atenuada por el término anual adicional como el que se implementó en 2012,

del RD-1 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, al calificar como ilícita a la huelga “cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo”, Sala Franco, T., “La ultraactividad de los convenios colectivos”, en AAVV, *El Derecho a la Negociación Colectiva, Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, MTL 53/2014, pp. 453-469.

<sup>17</sup> Un contrapunto interesante en la STS de 10 de junio de 2009 (rec. 103/2008), en la que tras recordar que los incrementos salariales equivalentes al “aumento del índice del coste de la vida” en los contratos sujetos a convenios prorrogados era una obligación impuesta a los empresarios en la Ley de Convenios Colectivos 38/1973, en la actualidad éstos no deben experimentar otros incrementos que los que se hubieran pactado expresamente por las partes tras la denuncia del convenio, convirtiendo la funcionalidad de tal cláusula en la propia de una de naturaleza obligacional. Otro supuesto singular fue el que tuvo lugar en el ámbito funcional y territorial de las oficinas de notaría de Andalucía Occidental, en el que se estableció desde su primer convenio que la evolución salarial sería equivalente a la que registrase el IPC regional más dos puntos adicionales, regla que siguió resultando aplicable durante más de quince años tras su denuncia.

<sup>18</sup> Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Situación que fue prorrogada por el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, y por la que se militarizó al personal civil.

<sup>19</sup> Real Decreto-ley 1/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.

no trajo consigo los parabienes que se le asociaban: aceleración y aumento del número de acuerdos de renovación de convenios, por no entrar en otros objetivos menos explícitos y por ello mismo algo más discutibles, como los relacionados con la reducción de derechos y de condiciones de trabajo y hasta de cambio en la estructura de la negociación.

Dos factores de acción complementaria resultaron cruciales para fijar el verdadero alcance que tuvo ese régimen jurídico limitativo de la ultraactividad. De una parte, la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre la contractualización de las condiciones de trabajo reguladas por convenio colectivo; de otra, la actuación negociadora desarrollada por los propios agentes sociales, que siguieron pactando la continuidad de la ultraactividad indefinida en los distintos convenios, dado el carácter disponible que se mantuvo con este régimen legal.

De ahí que la aprobación por consenso de la última reforma laboral, formalizada a través del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, pueda leerse perfectamente ahora en términos de abandono expreso por parte de la patronal española de esta otra forma de regulación del fin de la vigencia del convenio colectivo. En todo caso, ahí queda también la reseña de esos antecedentes extremos que un régimen como el actual pueden llegar a proveer, y de las situaciones y consecuencias que se deberían por ello mismo evitar.

### 3. PRINCIPALES DISTORSIONES DEL CONVENIO ULTRAACTIVO

La posibilidad de remitir el análisis del contenido general de la última reforma del artículo 86 ET a los excelentes trabajos que se han ido publicando<sup>20</sup>, nos permite fijar la atención ahora en torno a otra serie de cuestiones que, aunque pudieran calificarse como complementarias o derivadas, se rebelan también como esenciales para una completa conceptualización de la ultraactividad del convenio colectivo. Es cierto que se trata de aspectos que no son del todo novedosos, en tanto que su régimen jurídico ha quedado inalterado en la totalidad de las ocasiones, pero de alguna forma adquieren una nueva significación ante la necesidad de compatibilizarlos con el nuevo redactado del artículo 86 ET y porque, en última instancia, no pueden considerarse realmente como temas ni mucho menos resueltos.

En la mayor parte de estas situaciones se va a detectar además un mismo problema a modo de denominador común, el de la dificultad que genera considerar el convenio ultraactivo como una norma o un texto jurídico en vigor, máxime cuando esa situación se dilata en exceso. Y es que surge en todos esos casos la necesidad de matizar el alcance preciso de la ultraactividad, con el inconveniente que representa que las normas de referencia no hayan previsto la más mínima concreción al respecto.

La primera de las materias a destacar es la que tiene por objeto el alcance de la prohibición de afectación entre convenios que contiene el artículo 84.1 ET, en tanto que la tradicional veda a la concurrencia conflictiva se extiende, como se sabe, “durante la vigencia” del convenio. Regla básica para la articulación de las fuentes de la relación laboral y que no solo mitiga el juego del principio de norma más favorable entre disposiciones del mismo

---

<sup>20</sup> Entre los trabajos a añadir a los ya indicados: Rojo Torrecilla, E.: “Estudio de la reforma laboral de 2021 (V) La restricción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad”, entrada en su blog de 8.1.2022; Merino Segovia, A.: “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021” (briefs - aedtss.com); Gordo González, L., “El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012”, LABOS, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, V.3/2022, pp. 129-141; y Quintanilla Navarro, R.Y., “La recuperación de la tradicional ultraactividad indefinida de los convenios colectivos”, Revista de Derecho Laboral vlex, núm.5/2022, pp-104-110.

rango, evitando el espiguelo y la aplicación simultánea de varios convenios a la vez, sino que ha servido también como proclama de la relación básica de igualdad que se ha de defender entre todos los textos convencionales, más que de jerarquía normativa.

La cuestión, en esencia, consiste en decidir si dicha prohibición de afectación se ha de aplicar de manera literal y generalizada, impidiendo no solo la aplicación de otros textos sino incluso la propia posibilidad de que irrumpían nuevos convenios, sobre todo cuando el originario es el del mayor ámbito territorial y funcional<sup>21</sup>; o solo a modo de prohibición relativa, con sus correspondientes excepciones, que sin duda es la opción por lo que mayoritariamente se ha venido decantando nuestra jurisprudencia desde que el extinto Tribunal Central de Trabajo proclamase como principios básicos en esta materia el de conservación y el de consolidación del nivel de negociación, a efectos de evitar tanto la desaparición de los niveles inferiores por la confluencia de otros superiores durante el periodo ultraactivo de los primeros; y, a través de su regla inversa, esto es, admitiendo la irrupción de esos ámbitos inferiores, sobre todo el de empresa durante la ultraactividad de los superiores, a efectos de evitar una excesiva petrificación de la estructura general y favoreciendo con ello una descentralización de la negociación colectiva, más amplia incluso que la que permite el propio artículo 84.2 ET<sup>22</sup>.

Sea como fuere lo cierto es que el panorama que se ha generado con los años se caracteriza por un excesivo casuismo judicial, con muchas dudas e incertidumbres<sup>23</sup>, es verdad que provocado en esta concreta ocasión no solo por la falta de determinación del legislador, sino también de los agentes sociales, pues la propia norma de cabecera prevé la posibilidad de que se atiendan este tipo de situaciones a través de los acuerdos del artículo 83.2 ET, lo que sin duda no se ha hecho, ni parece que se vaya a hacer a corto plazo.

La cuestión en última instancia consiste en determinar si una concepción en exceso permisiva de la concurrencia entre convenios durante la ultraactividad de uno de ellos y, por ende, su sustitución (inmediata?) por la ocupación de sus ámbitos de aplicación por el que se considere “realmente en vigor”, puede suponer una excepción a la propia vigencia indefinida con la que se ha querido dotar de nuevo a esta institución en su última reforma<sup>24</sup>. La solución, probablemente, tendrá que venir de la mano de las circunstancias que se acrediten en cada caso concreto, es decir, dependerá, ya sea dentro o fuera del plazo de un año desde que se despliegue la ultraactividad, de si existe o no un escenario proclive a la negociación y a la consecución efectiva de un nuevo convenio en ese mismo ámbito, con independencia de la intencionalidad y hasta de las consecuencias que pueda merecer cada tipo de conducta concurrente, especialmente, si se considera contraria a la buena fe y a la obligación de negociar<sup>25</sup>.

En este mismo escenario de las reglas de funcionamiento del derecho de la negociación colectiva, otra distorsión potencial en función de la consideración que se defienda sobre los efectos últimos de la ultraactividad es la que provee la literalidad del artículo 92.2 ET. En concreto, cuando establece que la autoridad laboral podrá extender, con los efectos

<sup>21</sup> SS TS 30 de diciembre de 2015 (rec. 255/2014) y 12 de diciembre de 2018 (rec.166/2017).

<sup>22</sup> SS TS 8 de enero de 2020 (rec. 129/2018) y 5 de octubre de 2021 (rec. 4815/2018), en las que se establece la prioridad aplicativa del convenio formalmente vigente en detrimento del denunciado y en fase de ultraactividad, conforme una doctrina, se dirá, ya establecida antes de la reforma de 2012, en especial, a través de las SS TS de 2 de febrero de 2004 (rec. 3069/2002), 24 de abril de 2006 y 30 de junio de 2009 (rec. 91/2007). De ahí la previsibilidad de su continuidad.

<sup>23</sup> Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *Temas Laborales* núm. 161/2022, pp. 50-51.

<sup>24</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Incidencia debilitadora de las reglas de concurrencia de convenios colectivos en la ultraactividad indefinida”, *Temas Laborales* núm. 164/2022, pp.

<sup>25</sup> SS TS 21 de febrero de 2000 (RJ 2002, 2052) y 18 de octubre de 2004 (RJ 2005, 143).

previstos en el artículo 82.3 del mismo ET, las disposiciones de un convenio colectivo en “vigor”. Distorsión que se acentúa, ahora por otro motivo distinto como es el de la falta de acomodación técnica entre disposiciones, a poco que tengamos en cuenta su desarrollo reglamentario. En efecto, el artículo 9.1 del Real Decreto 718/2005, de 20 de junio, por el que se aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos, sigue previendo que el contenido del acto administrativo de mera ejecución de la legislación laboral que se dicte “podrá decidir, además, sobre aquellas disposiciones del convenio colectivo que resulten inaplicables, con especial consideración de las cláusulas obligacionales”.

Ya se anticipó que la pretendida derogación tácita de la tradicional distinción entre parte normativa y obligacional del convenio colectivo, eje central del régimen de la ultraactividad durante la mayor parte de su existencia y convertido en un verdadero galimatías desde el momento en que se quiso reducir a una alternativa binaria, no era ni mucho menos definitiva, pero no solo por lo que prevé el mencionado régimen reglamentario de extensión de convenios, también, y esto es sin duda mucho más relevante, por lo que se prevé en el ámbito del derecho administrativo sancionador de las normas laborales.

En efecto, la propia definición legal de infracción laboral, como elemento estructural de la misma establece que solo resultan sancionables aquellas acciones u omisiones que resulten contrarias a las “cláusulas normativas de los convenios colectivos”<sup>26</sup>, lo que presupone no solo, y evidentemente, su condición de texto jurídicamente vigente, sino su condición de mandato referido a condiciones de trabajo que resulten directamente exigibles. Lo que conlleva la exclusión de su contenido obligacional con independencia ahora de cuál sea la extensión de éste, sobre todo, si hay algo más con este carácter que los acuerdos específicos sobre paz laboral y/o de renuncia temporal al ejercicio del derecho de huelga.

En este elenco<sup>27</sup> de previsiones normativas generales sobre la vigencia del convenio colectivo y las posibles dudas que puede generar el despliegue de plenos efectos durante la fase de ultraactividad, la mención del artículo 44.4 ET constituye sin duda alguna un supuesto excepcional<sup>28</sup>. No solo porque, como se sabe, traspone una Directiva comunitaria de la que proviene en última instancia su mandato, sino porque se formula a modo de garantía específica para asegurar precisamente la continuidad de la aplicación del mismo convenio colectivo, impidiendo, salvo pacto expreso y ex post, su sustitución *ante tempus*.

En ese sentido, tanto la jurisprudencia nacional como la comunitaria, aunque ésta con más matices, han apostado porque esta garantía de permanencia se extienda durante toda la fase de ultraactividad del convenio aplicable en el ámbito de la entidad cedente. De modo

<sup>26</sup> Artículo 5.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<sup>27</sup> En esta misma categoría de normas que parten de la premisa de la vigencia explícita del convenio colectivo, cabe incluir referencias como las del artículo 82.3 del ET, en el que su término final sirve para limitar el tiempo máximo de inaplicación o desconexión, pues no puede “prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”. Durán López, F., cit., p.3, añade en su listado de materias en las que no procede considerar como convenio vigente al que se encuentre en ultraactividad, el de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, al entender que en estos casos ese contenido se ha transformado en cláusulas contractuales individuales.

<sup>28</sup> Dispone el precepto: “Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión se aplicare en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”. Norma que coincide en lo esencial, aunque no exactamente, con lo que se prevé en el artículo 3.3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001: “Después de la transmisión, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.”

que solo se podrá sustituir válidamente por el convenio aplicable en la cesionaria cuando la renovación o primera aprobación de este último se realice con posterioridad a la fecha de la transmisión<sup>29</sup> y siempre en el entendido de que el aplicable originariamente en la empresa cedente hubiese concluido su periodo ordinario o regular de vigencia.

#### 4. VUELTA A LA ULTRA ACTIVIDAD INDEFINIDA, DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y CONTINUIDAD DE LA DOCTRINA DE LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

La última reforma operada en materia de ultraactividad ha venido a modificar de manera sustancial, como se sabe, las principales reglas de funcionamiento de este mecanismo extraordinario de extensión de la eficacia temporal del convenio colectivo, al eliminar el límite fatídico que representaba el término máximo de un año que se instauró en el año 2012 y convertirla, como había venido siendo desde antaño, en una solución con vocación de duración indefinida. Solución que mantiene por lo demás, como también es de sobra conocido, su carácter de norma de derecho dispositivo, solo que ahora el sentido del silencio de los negociadores y la ausencia de pronunciamiento alguno en contra van a tener el significado justamente opuesto, esto es, plenamente favorable a su aplicabilidad.

La intención del legislador reformista es diáfana en el sentido de querer cambiar radicalmente y hasta de forma inmediata el panorama anterior, hasta el punto de llegar a preverse entre las normas transitorias que este singular efecto extensivo del convenio denunciado y ya vencido sea de aplicación incluso para los textos negociados conforme al régimen jurídico anterior, al mandatarse que estos “en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el presente real decreto-ley”<sup>30</sup>. Fórmula que genera no pocas dudas acerca de su verdadero alcance, no solo en relación a cómo se ha de interpretar el sentido de un silencio que se ha forjado conforme a un régimen jurídico distinto, lo que se hizo por cierto en el caso de la anterior reforma de manera casi acrítica<sup>31</sup> en el sentido de considerarlo perfectamente extensible, sino incluso a si con una formulación tan amplia como la que ahora se instaure puede llegar a entenderse que hasta “reviven” aquellos convenios que pudieron considerarse fenecidos conforme a la normativa anterior. Extremo éste que se antoja excesivo a todas luces, por mucho que aún se sigan sustanciando bastantes procedimientos sobre textos convencionales que ya estaban denunciados y, por tanto, en fase de ultraactividad mucho antes de la reforma de 2012, y a los que por cierto se les aplicó su régimen de manera *in misericorde*<sup>32</sup>.

Una última cuestión que también se plantea al hilo de esto último es la relativa a la pervivencia de la jurisprudencia creada en torno a la llamada contractualización de las

---

<sup>29</sup> STS 28 de abril de 2021 (rec. 169/2019). Doctrina que puede considerarse más que consolidada y a la que no le afecta en absoluto el cambio de la duración de la ultraactividad, más bien lo contrario. En el ámbito comunitario, STJUE 11 de septiembre de 2014, Asunto C-328/13, por lo que ahora interesa, destacan sus parágrafos 5: «Tras la extinción del convenio colectivo se mantendrá su eficacia jurídica respecto de las relaciones laborales comprendidas en él inmediatamente antes de su extinción, mientras para dichas relaciones laborales no sea aplicable un nuevo convenio colectivo o mientras no se haya celebrado un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados»; y 7: “El tribunal remitente precisa que, en Derecho austriaco, el convenio colectivo no forma parte, en principio, del contrato de trabajo, pero produce, sobre este contrato, los mismos efectos que una ley”.

<sup>30</sup> DT 7ª RD-I 32/2021.

<sup>31</sup> La excepción, Sempere Navarro, A.V., “La «ultraactividad» de los convenios y la Reforma Laboral de 2012”, en *El Derecho a la Negociación Colectiva*, cit., pp. 485-499.

<sup>32</sup> ATS 6 de abril de 2022 (rec.1835/2021).



condiciones de trabajo, una vez son reguladas o reconocidas por el convenio colectivo. Construcción que ha sido sin duda alguna de gran utilidad para la resolución de importantes y muy complejos procesos<sup>33</sup>, creados no hay que olvidarlo nunca por la indefinición más que calculada y podría decirse que casi necesaria de todo acto legislativo, y que supuso, también, un extraordinario ejemplo de cómo las soluciones jurídicas se aquilatan y atemperan con el paso del tiempo y la acción conjunta de todos los operadores. Y eso que ha sido objeto de críticas, algunas excesivamente duras, por todos los que se han aproximado a su formulación y significación.

En este sentido, y sin dejar de reconocer que algunas de las consecuencias más inverosímiles que conlleva esta construcción han quedado (afortunadamente) sin necesidad de tener que ser siquiera disipadas -vgr., la doble escala salarial-, ha de entenderse que sigue y que seguirá cumpliendo dos funciones importantes. La primera es que seguirá siendo la guía para resolver todos los problemas que supone el supuesto, que será todo lo excepcional que se quiera pero que sigue siendo perfectamente posible, de aquellos convenios que excluyan de manera expresa la posibilidad de su aplicación ultraactiva.

La segunda y principal funcionalidad es la de desactivar de futuro cualquier veleidad en torno a una posible vuelta al régimen impuesto por la anterior reforma, menos aún, en su acepción o interpretación más radical y estricta, al configurarse esta posición del Tribunal Supremo como un contrapeso evidente.

\*\*\*\*\*

Todo lo expuesto no hace sino corroborar en toda su extensión el acierto que tuvo el Maestro cuando calificó de “*obsesivamente centradas en (su) simple eliminación*”, las tradicionales formulaciones que venía haciendo la patronal sobre una figura sin duda tan compleja y llena de matices como es la ultraactividad de los convenios colectivos, lo que exige, necesariamente también, equilibrio y mesura en cualquier intento modificativo, esto es, entender que hay *espacio para reformas que, garantizando los valores ..., restituya a la autonomía colectiva ..., obligándola a asumir las responsabilidades y las cargas que la misma supone.*

---

<sup>33</sup> Entre los últimos y no menos trascendentes pronunciamientos, el que resuelve el conflicto colectivo de los ex trabajadores de ENDESA, que ven mermados derechos que se les reconocía a través del convenio colectivo de empresa en una nueva edición, STS 3035/2021, de 7 de julio (rec. 137/2019).

**PARTE II**  
**SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**



# **TIEMPO DE TRABAJO Y SALUD DE LOS BOMBEROS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA**

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

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

*Magistrado del Tribunal Supremo*

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. ENCUADRAMIENTO DE LOS BOMBEROS A EFECTOS DE LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
3. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA-MARCO
4. VACACIONES DEL BOMBERO JUBILADO DURANTE SU ENFERMEDAD
5. LAS GUARDIAS DOMICILIARIAS Y EL DESCANSO
6. GUARDIA LOCALIZADA TELEFÓNICAMENTE
7. PAUSAS PRESENCIALES PARA BOMBERO INTERNO
8. FORMACIÓN OBLIGATORIA Y FUERA DEL HORARIO LABORAL
9. GUARDIA LOCALIZADA Y SUPERPUESTA A ACTIVIDAD AUTÓNOMA

## 1. INTRODUCCIÓN

Las materias a que se dedica este libro homenaje (relaciones laborales, protección social, salud laboral) entroncas a la perfección con las características profesionales del homenajeado. En ellas concurren las posibilidades de examinar los antecedentes históricos (para así contextualizar y comprender el resultado presente), de confrontar la legislación española con la internacional o comunitaria (sometiendo a una depuración hermenéutica importante las previsiones internas) y, desde luego de realizar propuestas o advertencias críticas. Nada difícil es vincular las diversas decisiones de política legislativa con las de calado político e ideológico respecto de qué modelo relaciones sociolaborales es el tácitamente preferido, qué tipo de protección se desea brindar, qué régimen de derechos u obligaciones se establece o hasta dónde llega la autonomía colectiva y la tutela de ellos poderes públicos.

Quiere decir lo anterior que estamos ante cuestiones que solo pueden abordarse con profundidad cuando se tiene la capacidad de alternar una visión panóptica del Derecho (incluso de las Ciencias Sociales), los conocimientos técnicos necesarios para comprender y concordar el entramado normativo (en ocasiones, más parecido a un dédalo que a un verdadero sistema) y la capacidad crítica para contextualizar la concreta institución regulada. Si a ello añadimos el entusiasmo personal por transmitir los propios conocimientos, la generosidad en el esfuerzo y la valentía en la búsqueda del rigor vamos teniendo un perfil aproximado de lo que represente el Dr. D. Santiago González Ortega para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Siendo de “Escuelas” distintas, o precisamente por ello, comparto con Santiago tantas vivencias y sensaciones que hace ya muchos años olvidé tal contingente dato. Por el contrario, tengo bien presentes su entusiasmo infatigable a la hora de apoyar a la gente de su entorno. Para la intimidad quedan vivencias múltiples, ninguna inconfesable pero sí impactantes, oposiciones de personas enfrentadas, gestión de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde nuestras respectivas Vicepresidencias (rechazando al unísono la subrogación en el papel del querido y fallecido Presidente, Dr. Rivero Lamas).

Para la publicidad quede constancia de mi agradecimiento a quienes han promovido esta obra y han permitido que añada mi nombre a la *Tabula Amicorum*. De acuerdo con la Dirección de la obra, la presente colaboración se centra en la exposición de un ramillete de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea alrededor de un colectivo profesional tan admirado como difícil de subsumir en las previsiones genéricas de diversas materias relacionadas con la seguridad y salud laboral.

## 2. ENCUADRAMIENTO DE LOS BOMBEROS A EFECTOS DE LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

### 2.1. Problema suscitado

La Comisión de las Comunidades Europeas interpuso recurso contra Alemania. La causa está en la regulación establecida en la normativa de algunos Länder alemanes respecto de los equipos de protección individual (EPIs) de los bomberos. Tales regulaciones infraestatales comportan mayores exigencias que las previstas en los artículos 1 y 4 de la Directiva 89/686/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los equipos de protección individual.

## 2.2. Regulación comunitaria en liza

La citada Directiva fija las condiciones de puesta en el mercado y de libre circulación intracomunitaria así como las exigencias esenciales de seguridad que los EPI deben cumplir para preservar la salud y garantizar la seguridad de los usuarios. De ella interesa destacar dos aspectos:

- Dada la libre circulación de mercancías, los Estados miembros no podrán prohibir, limitar u obstaculizar la comercialización de los EPI o de los componentes de EPI que cumplan las disposiciones de la presente Directiva y que estén provistos de la marca “CE” (art. 4.1).
- Fuera de su ámbito aplicativo quedan los EPI concebidos y fabricados específicamente para las fuerzas armadas o las fuerzas de orden público tales como cascos o escudos (Anexo I).

## 2.3. Argumentación relevante

Los bomberos no participan habitualmente en el mantenimiento del orden público. Solo si se les requiere, en circunstancias determinadas, que contribuyan a ello y están dotados para esta función de EPI específicos puede jugar la excepción.

Que no exista libre circulación de personas en orden al ejercicio de poderes o facultades públicas en modo alguno sirve para excluir a los EPIs de esas personas de la aplicación de la Directiva 89/696.

## 2.4. Doctrina acuñada

Mediante sentencia de 22 de mayo de 2003 (C-103/01), *Comisión/República Federal de Alemania* (ECLI:EU:C:2003:301) la Sala Quinta del Tribunal de Justicia declara que Alemania ha incumplido sus obligaciones. Si los EPIs se ajustan a lo dispuesto en la referida Directiva y están provistos de la marca CE no cabe impedir u obstaculizar indirectamente su utilización.

Esas exigencias suplementarias quedan fuera del listado de exclusiones que alberga la Directiva y acaban obstaculizando la libre circulación de mercancías.

## 2.5. Apunte

Se trata de un recurso de incumplimiento promovido por la *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*. El caso, sin embargo, posee interés general porque identifica la ontología de esta actividad profesional desde la perspectiva del Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales.

# 3. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA-MARCO

## 3.1. Problema suscitado

Se debate sobre el ámbito subjetivo de dos normas emblemáticas. La Directiva-Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Y la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

La cuestión surge por la reclamación de los Bomberos de Hamburgo, a quienes la normativa alemana fija un tiempo de trabajo semanal superior a 48 horas semanales aunque se trate del personal de intervención.

### **3.2. Regulación comunitaria en liza**

La Directiva Marco prescribe que no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil (art. 2.2).

La Directiva sobre tiempo de trabajo dispone que la duración media del trabajo no debe exceder de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días (art. 6.2), a cuyos efectos el periodo de referencia no puede exceder de cuatro meses (art. 16.2).

### **3.3. Argumentación relevante**

El ámbito aplicativo de las citadas Directivas no depende de la adscripción a los distintos sectores de actividad (fuerzas armadas, protección civil, etc.) sino de los concretos cometidos desempeñados por cada persona. Las actividades ejercidas en condiciones normales en el seno de las fuerzas de seguridad y de socorro, a efectos de la disposición antes citada, se hallan incluidas en la Directiva 89/391.

### **3.4. Doctrina acuñada**

El ATJUE de 14 de julio de 2005 (C-52/04), *Personalrat der Feuerwehr Hamburg* (ECLI:EU:C:2005:467) declara que la expuesta regulación comunitaria debe aplicarse a las actividades de los bomberos, aun cuando éstas se ejerzan por las fuerzas de intervención sobre el terreno. Aunque tengan por objeto combatir un incendio o prestar socorro de otra forma, dado que se realizan en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata. Aunque las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza, imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad y/o su salud.

Solo se admite superar la jornada máxima cuando existan circunstancias excepcionales de tal gravedad y magnitud que aparezca como indispensable para asegurar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de intereses públicos como el orden, la salud y la seguridad públicos.

### **3.5. Apunte**

Pese a tratarse de un Auto, esta resolución sienta las bases para afrontar la mayoría de las dudas acerca del ámbito aplicativo de las normas sobre salud laboral respecto de colectivos como el de bomberos y análogos. No importa tanto el encuadramiento orgánico de quienes trabajan cuanto las concretas tareas que desempeñan. Por así decirlo, se trata de primar la horizontalidad sobre la verticalidad. El método opuesto al que sigue el Título III del ET a la hora de determinar el convenio colectivo aplicable.

## **4. VACACIONES DEL BOMBERO JUBILADO DURANTE SU ENFERMEDAD**

### **4.1. Problema suscitado**

Tras dos años en situación de incapacidad temporal, el bombero (Sr. Neidel) accede a la condición de pensionista por jubilación. Reclama el abono del salario de 86 días de vacaciones (16.822 €), aunque el Derecho nacional no contempla esa posibilidad para el funcionariado.

### **4.2. Regulación comunitaria en liza**

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 dispone que el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral (art. 7.2).

### **4.3. Argumentación relevante**

La Directiva exige que al finalizar la relación laboral se abone la compensación económica en concepto de vacaciones anuales no disfrutadas a quien ha estado de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y no haya podido disfrutarlas.

### **4.4. Doctrina acuñada**

La STJUE 3 de mayo 2012 (C-337/10), *Neidel* (ECLI:EU:C:2012:263) concluye que la Directiva sobre tiempo de trabajo se aplica al funcionariado que ejerce actividades de bombero.

En caso de que la relación de servicios se extinga estando en baja médica por enfermedad surge el derecho a la correspondiente compensación económica por el tiempo vacacional garantizado por la Directiva (el adicional ya no disfruta de tal garantía). Y no cabe establecer la caducidad de tal derecho por el transcurso de nueve meses tras el periodo de devengo.

### **4.5. Apunte**

La irrelevancia del tipo de vínculo profesional existente (laboral, funcional), la necesaria conversión del derecho a descanso en retribución (cuando resulta imposible el disfrute) y la precisión sobre el juego de las garantías comunitarias sobre vacaciones (solo a la duración mínima garantizada por la Directiva) son puntos fuertes de esta sentencia,

## **5. LAS GUARDIAS DOMICILIARIAS Y EL DESCANSO**

### **5.1. Problema suscitado**

Tras casi 30 años como bombero voluntario, el actor reclama una indemnización simbólica (un euro) por las guardias prestadas en su domicilio los fines de semana. Durante las mismas debía permanecer en su domicilio y responder a las convocatorias en un plazo de ocho minutos.



## 5.2. Regulación comunitaria en liza

La Directiva 89/391 sobre seguridad y salud prescribe que “el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores”.

El art. 2º de la Directiva 2003/88 define el tiempo de trabajo (“todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”) y el periodo de descanso (“todo período que no sea tiempo de trabajo”).

## 5.3. Argumentación relevante

Los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso» se excluyen mutuamente; la existencia del primero no depende ni de la intensidad del esfuerzo desempeñado ni del rendimiento. Lo relevante es si el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste.

La clave está en si las condiciones de la guardia limitan de manera objetiva las posibilidades de dedicarse a sus intereses personales y sociales. Hay que diferenciar guardias con presencia física en lugar determinado por el empleador de las realizadas con libertad de movimiento.

## 5.4. Doctrina acuñada

La STJUE 21 febrero 2018 (C-518/15), *Matzak* (ECLI:EU:C:2018:82), concluye que el concepto comunitario de “tiempo de trabajo” no puede restringirse y comprende el de guardia en el propio domicilio (con presencia física obligada) con la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos (lo que restringe enormemente la posibilidad de realizar actividades personales).

La consideración como tiempo de trabajo de la guardia domiciliaria presencial no obliga a retribuir ese periodo de determinada manera pero sí a computarlo a efectos de las normas limitativas.

## 5.5. Apunte

El caso *Matzak* es sumamente relevante. La doctrina sobre naturaleza del tiempo de puesta a disposición ha propiciado otros muchos debates y comportado una pequeña revolución. Su carácter emblemático queda reforzado por el hecho de que quien reclama es bombero voluntario y desarrolla la guardia en su propio domicilio.

# 6. GUARDIA LOCALIZADA TELEFÓNICAMENTE

## 6.1. Problema suscitado

Un bombero reclama que se le compute (y retribuya) como tiempo de trabajo el de la guardia no presencial (localizada telefónicamente). Durante ese tiempo debe poder presentarse en el término municipal de la ciudad en la que está destinado en un plazo de veinte minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio puesto a su disposición por su empresario, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia vinculados a ese vehículo.

La actividad litigiosa se desarrolla entre las 17.00 y las 7.00 del día siguiente. Los fines de semana (entre 10 y 15 anuales) discurre desde las 17.00 del viernes hasta las 7.00 del lunes. En los últimos tres años ha realizado 126 guardias, siendo movilizado en 20 ocasiones.

## 6.2. Regulación comunitaria en liza

Son aplicables aquí las mismas normas que en el caso anterior.

## 6.3. Argumentación relevante

La habitual movilización implica que todo el tiempo de guardia habrá de considerarse como de trabajo. Si la activación es esporádica habrá que contabilizar el tiempo realmente dedicado a intervenir.

## 6.4. Doctrina acuñada

- 1º) La STJUE (Gran Sala) 9 marzo 2021 (C-580/19), *Bombero de Offenbach am Main* (ECLI:EU:C:2021:183) concluye que el tiempo de guardia debe computarse como de trabajo si las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses. La clave está en si de una apreciación global de todas las circunstancias y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses.
- 2º) En todo caso, los empresarios no pueden introducir períodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos períodos se califiquen de «períodos de descanso».
- 3º) El Derecho de la UE no impide que se abone un complemento de disponibilidad cuando esas guardias no se consideren como tiempo de trabajo.
- 4º) El Derecho de la UE tampoco impide que se remunere de modo diverso el tiempo de efectiva actividad de aquel durante el que no se lleva a cabo ningún trabajo efectivo, aun deba considerarse la totalidad como «tiempo de trabajo».

## 6.5. Apunte

He aquí un punto de inflexión en el enfoque binario que el Derecho de la UE acoge. Admite la sentencia que el tiempo de guardia no siempre tenga la misma consideración. Es decir, cabe que (si la movilización es infrecuente) solo se contabilice como trabajado el realmente dedicado a desempeñar tareas de bombero.

Asimismo notable es el esfuerzo para separar el régimen retributivo del aplicable a efectos de seguridad y salud laboral. Que compute todo el tiempo de guardia no significa que haya que remunerarlo.

Y llamativo es que la decisión sobre la naturaleza del tiempo de guardia no dependa de las condiciones en que se presta, sino del resultado de hacerlo con mayor o menor actividad. En cierta forma, eso equivale a abandonar la clarificación del problema ontológico y a estar a los resultados. Por así decirlo, todo un baño de realidad.

## **7. PAUSAS PRESENCIALES PARA BOMBERO INTERNO**

### **7.1. Problema suscitado**

Un Bombero de gran empresa desarrolla sus tareas en turnos de 12 horas, cada uno con dos pausas intrajornada de 30 minutos, durante la cuales puede desplazarse libremente (suele acudir al comedor de la propia empresa) “siempre que llevase un transmisor que le avisaba, en caso de que fuera necesario, de que el vehículo de intervención le recogería delante del comedor de la empresa en un lapso de dos minutos”.

El problema surge porque esas pausas solo computan como tiempo de trabajo si se requiere la efectiva intervención del bombero (quien reclama 3.600 € por salarios no percibidos en tal concepto).

### **7.2. Regulación comunitaria en liza**

Además de la expuesta en los casos anteriores, hay que recordar el art. 4º de la Directiva: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional”.

### **7.3. Argumentación relevante**

El hecho de que, por término medio, el trabajador no deba intervenir más que en contadas ocasiones durante sus períodos de guardia no puede tener como consecuencia que dichos períodos se consideren como de descanso, cuando el impacto del plazo impuesto al trabajador para retomar sus actividades profesionales es tal que basta para restringir, objetivamente y de manera considerable, su capacidad para administrarse libremente.

### **7.4. Doctrina acuñada**

La STJUE 9 septiembre 2021 (C-107/19), *Bombero de la empresa DPP* (ECLI:EU:C:2021:722) concluye que, habida cuenta de la fuerte sujeción que se mantiene durante las pausas (impiden libre administración del tiempo), han de contarse como tiempo de trabajo.

### **7.5. Apunte**

Además de la doctrina reseñada, en esta ocasión hay un interesante aspecto sobre la primacía del Derecho eurocomunitario. El Tribunal Supremo checo estimó el recurso de la empresa, considerando que (dada la aleatoriedad e imprevisibilidad de las actuaciones) las pausas debían computarse como de trabajo y devolvió asunto a la instancia para resolver conforme a ello. La sentencia reseñada indica que el órgano judicial inferior (que ha planteado la cuestión prejudicial) no puede quedar vinculado por la solución dada por el

superior cuando es manifiestamente incompatible con el Derecho de la UE. Es como si la cuestión prejudicial se hubiera utilizado también cual “escudo” para neutralizar el fallo casacional.

## **8. FORMACIÓN OBLIGATORIA Y FUERA DEL HORARIO LABORAL**

### **8.1. Problema suscitado**

Un responsable de Parque de Bomberos reclama el abono de 124 horas extras, porque ha debido seguir curso obligatorio impartido fuera de su lugar y horario de trabajo. Por indicación del Municipio hubo de seguir una formación profesional (160 horas) impartida por entidad especializada y parcialmente desarrollada fuera de su horario de trabajo.

### **8.2. Regulación comunitaria en liza**

Además de la expuesta en los casos anteriores, la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea establece que cuando la legislación o convenios exijan al empleador que proporcione formación a un trabajador para que este lleve a cabo el trabajo para el cual ha sido contratado, la misma será gratuita, se computará como tiempo de trabajo y, a ser posible, tendrá lugar durante el horario de trabajo.

### **8.3. Argumentación relevante**

El lugar de trabajo es todo lugar en el que el trabajador deba ejercer una actividad por orden de su empresario, incluso cuando ese lugar no sea el lugar en el que ejerce habitualmente su actividad profesional. Es tiempo de trabajo el destinado a formación suministrada por la empresa, aunque se desarrolle fuera del horario laboral y para cumplir con un mandato legal.

### **8.4. Doctrina acuñada**

La STJUE 28 octubre 2021 (C-909/19), *Bombero voluntario de Ayuntamiento de Rumanía* (ECLI:EU:C:2021:893) concluye que para el Derecho de la UE es tiempo de trabajo el período durante el cual un trabajador cursa una formación profesional impuesta por el empresario y desarrollada fuera del horario habitual de trabajo y en dependencias de la entidad impartidora.

### **8.5. Apunte**

La sentencia no quiere romper con la nota de dependencia propia de las relaciones asalariadas. Argumenta que la actividad que un trabajador lleva a cabo durante los períodos de formación profesional sea distinta de la que ejerce en el marco de sus funciones habituales tampoco es óbice para que dichos períodos se califiquen de tiempo de trabajo en el caso de que la formación profesional se curse por iniciativa del empresario y, por consiguiente, el trabajador esté sometido, en el contexto de la citada formación, a sus instrucciones.

Dada la finalidad de estas notas no procede ahora revisar ese enfoque, pero vale la pena retenerlo.

## 9. GUARDIA LOCALIZADA Y SUPERPUESTA A ACTIVIDAD AUTÓNOMA

### 9.1. Problema suscitado

Reclama un bombero que desarrolla tareas en régimen de guardia no presencial y localizada. Está obligado a participar en el 75 % de las intervenciones de su brigada, teniendo la facultad de abstenerse por lo que respecta a las restantes intervenciones. Sin estar obligado, durante sus períodos de guardia, a estar presente en un lugar determinado, cuando recibe una llamada de urgencia para participar en una intervención, debe esforzarse por llegar al parque de bomberos en los cinco minutos siguientes a la llamada y, en cualquier caso, respetar un plazo máximo de presentación de diez minutos.

Está autorizado a ejercer una actividad profesional por cuenta propia o para un segundo empresario, siempre que dicha actividad no exceda de 48 horas semanales de media. No puede ejercer dicha actividad durante sus «horas de trabajo activas» como bombero del retén, que no solo son aquellas pasadas interviniendo en un siniestro, sino también las dedicadas a otras actividades de la brigada, como la formación.

### 9.2. Regulación comunitaria en liza

Además de la expuesta en los casos precedentes interesa destacar que la Directiva Marco prescribe que en el marco de sus responsabilidades, el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios (art. 6.1).

### 9.3. Argumentación relevante

La posibilidad de ejercer otra actividad profesional durante sus períodos de guardia constituye una indicación importante de que las condiciones del régimen de disponibilidad no presencial no someten a dicho trabajador a grandes limitaciones que tengan un impacto muy significativo en la administración de su tiempo.

### 9.4. Doctrina acuñada

La STJUE 11 noviembre 2021 (C-214/20), *Dublin City Council* (ECLI:EU:C:2021:909) concluye que para el Derecho de la UE no constituye «tiempo de trabajo» el litigioso si, a la vista de las circunstancias (actividad profesional alternativa, posible declinar intervención en algunos casos), se desprende que las limitaciones impuestas no afectan objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente.

### 9.5. Apunte

Con este eslabón de su saga el TJUE sigue mostrando que el sistema binario sobre tiempo de descanso o de trabajo no es sostenible en términos absolutos. De ahí la llamada que acaba haciéndose para que los Estados miembros definan, en su ordenamiento jurídico nacional, el modo de garantizar la seguridad y salud sin que se atienda solo al tiempo computable como de trabajo.

## **LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

Universidad de Sevilla

“para que la prevención de riesgos sea relevante en lo que se ha calificado como ‘estructuras empresariales complejas’ se han de dar determinadas circunstancias que pongan de manifiesto que la dosis de integración es tan alta como para implicar en los deberes y responsabilidades preventivas a más de un empresario”

*Santiago González Ortega<sup>1</sup>*

### SUMARIO:

1. MARCO NORMATIVO GENERAL
2. EL DEBER DE COOPERACIÓN EN TRABAJOS EN IDÉNTICOS LOCALES
3. EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EMISIÓN DE INSTRUCCIONES DEL TITULAR DE LOS LOCALES
4. LA GARANTÍA DE SEGURIDAD DE LOS ELEMENTOS DE TRABAJO APORTADOS POR LA EMPRESA PRINCIPAL EN CASO DE CONTRATAS
5. EL DEBER DE VIGILANCIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN CASO DE CONTRATA DE LA PROPIA ACTIVIDAD
6. EL ENCARGADO DE COORDINACIÓN
7. LA INTERVENCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
8. LA IMPUTACIÓN DEL RECARGO DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL CASO DE COORDINACIÓN DE ACTIVIDAD

---

<sup>1</sup> Descentralización productiva y prevención de Riesgos Laborales, Justicia Laboral nº 28 (2006), pg.14.

## 1. MARCO NORMATIVO GENERAL

Cuando, como resultado de la conexión de la actividad de diversas empresas entre sí, se ponen en relación sus medios organizativos, materiales y/o personales, tiende a producirse una superior complejidad en la gestión de la prevención de riesgos laborales, por tanto, con superiores peligros de accidentes de trabajo, especialmente cuando se produce una coincidencia espacial en la ejecución de la actividad por parte de los trabajadores de estas empresas. A tal efecto, debe tenerse presente que las múltiples expresiones de descentralización productiva o de externalización de servicios suelen generalizarse hoy en día en el conjunto de las organizaciones productivas; ello desemboca en el resultado de que, lo que en el pasado se encontraba muy concentrado en unas muy concretas actividades productivas, hoy en día se encuentre muy extendido en el conjunto de las estructuras empresariales complejas.

A tenor de ello, es práctica generalizada en estos escenarios proceder al establecimiento de un tratamiento singular de estas situaciones de coordinación interempresariales, que comporte un régimen de gestión común por parte de las diversas empresas involucradas, más o menos intenso, en la prevención de riesgos laborales, pues se estima que, de lo contrario, se incrementarían los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La idea de partida es la necesidad de que se produzca una intervención conjunta en materia preventiva, pues se considera insuficiente una actuación aislada de cada uno de los empleadores, que, por lo demás, puede resultar contradictoria.

Se trata de reglas particulares de gestión común bastante universales, desde el momento en el que desde la Organización Internacional del Trabajo hace ya bastante tiempo que se estableció que, siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, éstas deben colaborar en la aplicación de las medidas de prevención previstas en el correspondiente Convenio internacional<sup>2</sup>.

En la misma línea se ha actuado en el ámbito del Derecho de la Unión Europea a partir de la tradicional actuación muy intensa desde este ámbito en orden al logro de una intensa armonización de la legislación laboral en materia de seguridad y salud. En concreto, en el ámbito europeo se establece un deber general entre las empresas afectadas de cooperación, coordinación e información mutua: cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes<sup>3</sup>.

En cumplimiento de estas reglas internacionales y comunitarias, nuestro ordenamiento desarrolla estas pautas supranacionales, a través de un aparato legal, que comienza por su especificación en la norma general de prevención con rango de Ley<sup>4</sup>, posteriormente desarrollado a través de la correspondiente norma reglamentaria<sup>5</sup> y, finalmente, con reglas particulares por lo que afecta al sector de la construcción por ser

---

<sup>2</sup> Art. 17 Convenio número 155 sobre seguridad y salud en el trabajo y medio ambiente, de 22 de junio de 1981, ratificado por España por medio de Instrumento de 26 de julio de 1985 (BOE 11 de noviembre de 1985).

<sup>3</sup> Art. 6.4 Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989 (DOCE de 29 de junio), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

<sup>4</sup> Art. 24 Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre), de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL).

<sup>5</sup> Real Decreto 171/2004, (BOE 31 de enero), de coordinación de actividades (en adelante RDCA).

una actividad de generalizada coordinación de actividades empresariales en los términos aquí contemplados<sup>6</sup>. Se trata de una normativa orientada esencialmente al establecimiento de reglas en clave preventiva clásica, con la imposición de deberes que enfoquen a las empresas a la colaboración entre ellas. Eso sí, tales deberes, para hacerlos efectivos, vienen acompañados de un importante abanico de reglas sancionadoras, especialmente por lo que se refiere a la tipificación como infracciones administrativas de las conductas incumplidoras de la esta legislación preventiva, especialmente en orden a ampliar los sujetos susceptibles de ser sancionados por esta vía, con una singular atribución de responsabilidad solidaria en algunos casos por infracciones de esta normativa<sup>7</sup>. Una vez más, se aprecia una particular intensidad en esa tipificación infractora administrativa en el caso de las promotoras y proyectivas de obras en el sector de la construcción<sup>8</sup>. Para los supuestos de mayor gravedad, entra en juego la imposición del recargo de prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de la normativa de prevención en estos escenarios de coordinación de actividades<sup>9</sup>. Como elemento de colaboración y mayor eficacia en el cumplimiento de las reglas de coordinación, se establecen por diversas vías derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores, tanto los generales como los especializados<sup>10</sup>. Finalmente, en reiteradas ocasiones, la normativa nacional apenas citada procede a remitirse a la negociación colectiva, con vistas a que esta pueda desarrollar con más detalles los deberes y facultades establecidos legalmente.

Con carácter general, la normativa al efecto va estableciendo obligaciones *in crescendo* en función del grado de imbricación entre las empresas que entran en conexión. Dos básicamente son los elementos que se toman en consideración a estos efectos de asignación diversas de obligaciones: de un lado, la coincidencia o no del lugar de ejecución del trabajo en el desarrollo de la actividad de las diversas empresas; de otro lado, el hecho de que entre las empresas en cuestión exista o no una vinculación más o menos estrecha, derivada de la ejecución de o no contrata o subcontratas de obras y servicios, particularmente si se trata o no de contrata de la propia actividad. Así pues, cabe contemplar tres situaciones diversas: primera, cuando las diversas empresas concurrentes desarrollan su actividad en los mismos locales; en segundo lugar, cuando entre las empresas en cuestión se produce un fenómeno estricto de descentralización productiva, por medio de contrata y subcontratas de obras o servicios, con independencia de que se trate o no de la propia actividad y aunque las mismas se ejecuten en espacios físicos diferenciados; en tercer lugar, cuando se trata de contrata y subcontratas de la propia actividad y, por añadidura, los trabajos se ejecutan en los mismos locales de la empresa principal. Analicemos cada uno de estos tres escenarios sucesivamente por separado.

---

<sup>6</sup> Ley 32/2006, de 18 de octubre (BOE 19 de octubre), reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre (BOE 25 de octubre), por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo en las obras de construcción.

<sup>7</sup> Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por medio del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, BOE 8 de agosto (en adelante LISOS).

<sup>8</sup> Art. 8, 11,12 y 13 LISOS

<sup>9</sup> Art. 164 Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, BOE 31 de octubre (en adelante LGSS).

<sup>10</sup> Por todos, arts. 42.4, 5 y 7 Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, BOE 24 de octubre (en adelante ET).



## **2. EL DEBER DE COOPERACIÓN EN TRABAJOS EN IDÉNTICOS LOCALES**

Por lo que se refiere a este primer supuesto, el texto legal suele emplear el término “centro de trabajo”, si bien ello no ha de entenderse en el sentido técnico atribuido al mismo por el Estatuto de los Trabajadores de “unidad productiva autónoma” (art. 1.5 ET), sino en el más amplio espacial, de ejecución genérica en el mismo sitio, lo que, para mayor simplificación, a partir de ahora denominaremos “locales” de trabajo. Como lo define expresamente la norma reglamentaria, siguiendo las prescripciones establecidas a estos efectos por el Convenio 155 de la OIT y la Directiva marco de la Unión Europea sobre la materia, por centro de trabajo se ha de entender a estos efectos cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo (art. 2 RDCA).

En este primer nivel basta con que se produzca esta situación fáctica de coincidencia espacial en los mismos locales; por tanto, siendo indiferente que exista o no una relación jurídica, contractual o no entre las empresas en cuestión (art. 4.1 RDCA).

Cuando se da esa coincidencia física en los mismos locales, se establece que las diversas empresas deberán “cooperar” en la aplicación de la normativa de prevención. A tal efecto, entre todas las empresas involucradas se deben establecer los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales (art. 24.1 LPRL). En particular, reglamentariamente se precisa que el conjunto de las empresas implicadas debe informarse recíprocamente sobre los riesgos específicos que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en los locales, en particular, sobre aquellos que puedan agravarse o modificarse por circunstancias derivadas de la concurrencia de actividades (art. 4.2 RDCA). De este modo, al margen del deber de información acentuado atribuido al titular de los locales, que analizaremos en el apartado inmediatamente sucesivo, también este deber de información se extiende al resto de las empresas concurrentes entre sí y con la propia titular de los locales. Reglamentariamente se precisa el alcance de contenido que debe tener esta información, el modo escrito de transmisión, reglas especiales para cuando se materialicen accidentes (art. 4.2 RDCE), la información sobre las situaciones de emergencia (art. 4.3 RDCA), así como su toma en consideración en el momento de elaboración de las respectivas evaluaciones de riesgo (art. 4.4 RDCA). Por su parte, corresponde a cada empleador informar a sus respectivos trabajadores de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades (art. 4.5 RDCA).

Este deber de cooperación se extiende también a los trabajadores autónomos que desarrollan sus actividades en dichos locales de trabajo (art. 24.5 LPRL).

## **3. EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EMISIÓN DE INSTRUCCIONES DEL TITULAR DE LOS LOCALES**

Con carácter general, cada empleador debe cumplir con el deber general de información en seguridad que le corresponde respecto de sus propios trabajadores (art. 18 LPRL), que, desde la perspectiva que estamos analizando, implica informar respecto de las especialidades derivadas de trabajar en conexión con otras empresas (art. 24.1 LPRL). A tal efecto, como premisa previa, se atribuye una superior responsabilidad a quien es titular de los locales donde se ejecuta el trabajo de todas las empresas involucradas, pues

a este titular se le imputa un deber reforzado de información al resto de los empresarios y de emisión de instrucciones en relación con los riesgos de los locales y acerca de las medidas de prevención y emergencia a aplicar. En correspondencia con ello, cuando se trate de afrontar situaciones de emergencia, tanto la evaluación de los riesgos como la adopción de las medidas oportunas a adoptar deberán tomar en consideración no sólo la afectación a trabajadores propios de la empresa sino también la posible presencia de personas ajenas a la misma. A su vez, los empresarios receptores de la informaciones e indicaciones precedentes deberán proceder a trasladarlas a sus respectivos trabajadores (art. 24.2 LPRL).

En igual medida de lo dicho en el apartado anterior, estos deberes de información y de emisión de instrucciones se extienden también en el caso de que los empresarios que desarrollen su actividad se trate de trabajadores autónomos que desarrollan su trabajo en los mismos locales (art. 24.5 LPRL).

El incumplimiento de estos deberes de información y emisión de instrucciones a las otras empresas se tipifica como infracción administrativa grave a efectos del ejercicio de la potestad sancionadora de la autoridad laboral (art. 12.14 LISOS).

Como valoración general de este primer escenario, centrado en las situaciones en las que hay coincidencia espacial en la ejecución del trabajo, lleva mucha razón González Ortega cuando señala que el criterio locativo, rígidamente entendido, está inspirado en un enfoque de la salud laboral excesivamente anclado en la seguridad industrial y en los riesgos clásicos asociados a ella, como si ningún otro tipo de control fuera posible por parte de la empresa principal, sobre todo en relación con los nuevos riesgos psicosociales, respecto de los cuales la determinación de los aspectos relevantes de la organización del trabajo puede encontrarse en manos de la empresa principal<sup>11</sup>. Posiblemente esta última perspectiva está llamando a una ampliación de futuro de la coordinación de las empresas en estos casos y, por ende, a la ampliación de las obligaciones y responsabilidades de la empresa principal en el caso de las contratadas y subcontratadas de obras y servicios.

#### **4. LA GARANTÍA DE SEGURIDAD DE LOS ELEMENTOS DE TRABAJO APORTADOS POR LA EMPRESA PRINCIPAL EN CASO DE CONTRATADAS**

Avanzando en el incremento progresivo de obligaciones, cuando se trata de contratadas que se desarrollan en locales diferenciados, en la medida en que los trabajadores de la contratista deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal, a ésta última se le imponen las obligaciones genéricas establecidas a fabricantes, importadores y suministradores. Estas obligaciones genéricas consisten en el establecimiento de la obligación de asegurar que los elementos proporcionados por estos fabricantes, importadores y suministradores no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines recomendados. Los empresarios implicados deberán suministrar la información que indique la forma correcta de utilización por los trabajadores, las medidas preventivas adicionales que deban tomarse y los riesgos laborales que conllevan tanto su uso normal, como su manipulación o empleo inadecuado (arts. 24.4 y 41 LPRL).

<sup>11</sup> Op. Cit. Pg. 17.

Comoquiera que el precepto no establece indicación excluyente al efecto y por comparación con lo previsto en el apartado siguiente, es claro que estos deberes se imponen en todo tipo de contrata; es decir, con independencia de que se trate o no de contrata de la propia actividad.

Al mismo tiempo, como la norma se refiere indistintamente a las contrata y subcontrata, ello implica el establecimiento de una responsabilidad encadenada entre empresa suministradora de los elementos de trabajo y empresa de los trabajadores que los utilizan, con independencia de que entre las mismas exista o no una relación contractual (civil, mercantil o administrativa entre ambas). De este modo, si la empresa principal suministra elementos de trabajo a la subcontratista y no a la contratista o no sólo a la contratista, también asumirá estos deberes de garantía y de información.

Por el contrario, lo que no se alcanza a comprender en la norma es la razón por la que se circunscribe estos deberes a las contrata cuyo trabajo no se prestan en los locales de la empresa principal. Siendo el elemento decisivo que el titular de esos elementos de trabajo sea el empresario principal, el riesgo en materia de seguridad se produce también, sino más, cuando los trabajos se prestan en los locales de este empresario, por lo que, a estos efectos, los deberes deben ser los mismo. En todo caso, bastaría con aplicar también lo previsto con carácter general respecto de los suministradores de elementos de trabajo cuando actúa en tal condición el empresario principal y el trabajo de la contratista se desarrolla en los propios locales (art. 41 LPRL). Posiblemente, de manera errónea, el legislador está identificando lugar de ejecución de la contrata con aquella que es de la propia actividad, cuando puede suceder que no sea así: cabe imaginar una contrata ejecutada en los propios locales de la empresa principal que no sea de la propia actividad y, por ello, tiene todo su sentido la aclaración que acabamos de formular.

Del mismo modo, sería razonable como propuesta de *lege ferenda* que este deber se extienda a los casos en los que la empresa principal, por vía de contrata de obra y servicio, encargue parte de la correspondiente labor a un trabajador autónomo. Las mismas razones que han determinado al legislador a extender la aplicación de la norma a los trabajadores autónomos en los supuestos anteriores, parece fundado que así se haga también en estos casos.

El incumplimiento de estos deberes de cooperación y coordinación entre empresas se tipifica como infracción administrativa grave a efectos del ejercicio de la potestad sancionadora de la autoridad laboral (art. 12.13 LISOS), que se eleva a infracción muy grave cuando se trate de actividades consideradas reglamentariamente como peligrosas o con riesgos especiales (art. 13.8 LISOS).

## **5. EL DEBER DE VIGILANCIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN CASO DE CONTRATA DE LA PROPIA ACTIVIDAD**

Por último, cuando se trate de empresas que contraten o subcontraten obras o servicios de la propia actividad y, además, éstas se desarrollen en sus propios centros de trabajo, se impone a la empresa principal un deber *in vigilando* del cumplimiento por los contratistas de la normativa de prevención (art. 24.3 LPRL). La doctrina en estos casos ha criticado el paralelismo que se establece en esta materia entre responsabilidades salariales y de seguridad social establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y las correspondientes a prevención de riesgos laborales, a través del criterio de la propia actividad, que

tiene sentido en la responsabilidad por deudas, pero no se comprende en el caso de la coordinación a efectos de prevención. Como con toda razón apunta González Ortega, en estos casos el requisito de la propia actividad constituye una exigencia distorsionante, pues en el terreno de lo preventivo las cosas son diferentes hasta el extremo de hacer que esta exigencia de la propia actividad deje de tener sentido<sup>12</sup>.

Este deber de vigilancia se establece en cadena en los casos de subcontrataciones sucesivas de obras o servicios, de modo que el empresario principal debe desarrollar esta vigilancia tanto respecto de la empresa contratista como respecto de las sucesivas subcontratistas, siendo el elemento determinante de la obligación impuesta, una vez más, el hecho de concurrencia espacial de la actividad y de la titularidad de los locales en los que ello se produce.

Ni por parte de la Ley ni por parte del Reglamento se establece una definición o precisión de cuando una contrata lo es de la propia actividad, por lo que, a estos efectos, rigen las reglas generales interpretativas por parte de nuestros Tribunales en relación a este concepto en los términos establecidos por el Estatuto de los Trabajadores. En todo caso, se considera que siempre se produce una contrata de la propia actividad cuando se lleva a cabo un encargo parcial de una obra dentro del sector de la construcción y, por tanto, en este sector se impone como obligatorio este deber de vigilancia, que en este caso se extiende al conjunto de las empresas contratistas y subcontratista<sup>13</sup>.

Como hemos indicado, la norma establece un doble requisito, pues, junto al carácter de contrata de la propia actividad, exige que el trabajo de la contratista o subcontratista se realice en el centro de trabajo de la principal. De todos modos, la jurisprudencia desde tiempo atrás viene interpretando este requisito locativo de manera amplia, pues cabe que las tareas se realicen en espacios públicos no titularidad del empresario principal, bastando con que se trate de un lugar donde este último controla con sus medios y organización de realización de la obra en cuestión<sup>14</sup>. De este modo, cabría deducir, en sentido contrario, que no concurriría este segundo requisito allí donde el trabajo se efectuase en locales o espacios titularidad del contratista o subcontratista.

Lo que se detalla escasamente por parte de la norma reglamentaria es el contenido concreto de ese deber de vigilancia. En todo caso, sí que se precisa algo, consistente en lo siguiente: la empresa principal debe exigir a las contratistas que le acrediten por escrito que han realizado para la concreta obra la evaluación de riesgos, la planificación de su actividad preventiva, que han cumplido con sus obligaciones de información y formación de los trabajadores adscritos a la obra, debiendo comprobar que las contratistas han establecido los necesarios medios de coordinación. En aquellos casos de subcontratación en cadena no se establece una relación directa entre empresa principal y subcontratistas, sino que lo que se prevé es que la contratista deberá requerirle a la subcontratista que realice las acreditaciones mencionadas, para que la primera se lo entregue a la empresa principal (art. 10.2 RDCA); con ello, por vía indirecta, se extiende también el deber de vigilancia de las contratistas respecto de las subcontratista, aunque la primera no sea la responsable de los lugares donde se efectúa la obra o servicio.

A estos efectos ha de interpretarse que las anteriores son manifestaciones específicamente impuestas de este deber de vigilancia, pero que el mismo no queda

<sup>12</sup> Op. cit., pgs. 18-19.

<sup>13</sup> Art. 7 Ley subcontratación en el sector de la construcción.

<sup>14</sup> SSTS 18 de abril de 1992, rec. 1178/1991; 22 de noviembre de 2002, rec. 3904/2001; 10 de diciembre de 2007, rec. 576/2007.

agotado con tales manifestaciones, sino que las mismas deberán extenderse a cualesquiera otras fuesen precisas para una efectiva coordinación de la prevención de riesgos laborales en estos casos<sup>15</sup>. Más aún, ha de interpretarse que este deber de vigilancia es acumulativo respecto del resto de las obligaciones de información, coordinación y emisión de instrucciones previamente descritas, pues el presupuesto de hecho de las mismas también se encuentra presente en las contrataciones de la propia actividad que venimos analizando aquí.

Asimismo, sería razonable como propuesta de *lege ferenda* que este deber se extienda a los casos en los que la empresa principal, por vía de contrata de obra y servicio, encargue parte de la correspondiente labor a un trabajador autónomo. Las mismas razones que han determinado al legislador a extender a los trabajadores autónomos los deberes de información y coordinación en los supuestos anteriores, parece fundado que así se haga también en estos casos, especialmente cuando se trata de contrataciones de la propia actividad que se ejecutan en los locales de la empresa principal.

Como consecuencia de este deber de vigilancia, en estos casos a la empresa principal se le impone una responsabilidad solidaria con las contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya cometido en los locales del empresario principal (art. 42.3 LISOS). En la medida en que el precepto utiliza la expresión “infracción” y el mismo se encuentra en la normativa relativa a la potestad sancionadora de la autoridad laboral, ha de entenderse que se está estableciendo que el empresario principal es responsable en el sentido de que le puede ser impuesta la correspondiente sanción administrativa por las infracciones en materia de prevención que se hayan cometido en sus locales por las empresas contratistas y subcontratistas.

## 6. EL ENCARGADO DE COORDINACIÓN

Probablemente como la forma más intensa de coordinación entre las empresas que desarrollan actividades conectadas se produce cuando se designa a una o varias personas que gestionen tales tareas de coordinación (art. 13 RDCA).

Reglamentariamente se establece la designación del encargado de coordinación cuando se produce la situación de concurrencia en los mismos locales en la ejecución de la actividad productiva de cada una de ellas. De este modo, es, una vez más, la coincidencia espacial la que determina la posible presencia de esta figura, por tanto, en sentido contrario, con independencia de que entre las mismas exista o no una relación de vinculación jurídica.

En todo caso, conviene advertir que la norma reglamentaria en ningún caso obliga a la existencia del encargado de coordinación, quedando, pues, a criterio de la empresa la oportunidad de designarlo o no, en función de que lo considere útil y eficaz para los fines de la necesaria coordinación. A lo más que llega el precepto es a considerarlo como medio de coordinación “preferente” cuando concurren determinadas circunstancias de especiales riesgos laborales. La utilización de este término no cabe la menor duda de que resulta considerablemente ambigua, induciendo a una palmaria inseguridad jurídica, pues podría pensarse que se está utilizando un calificativo eufemístico que pretende evitar la directa expresión de obligatoriedad, aunque nosotros nos inclinamos por interpretarlo en el sentido de que realmente el legislador no desea imponerlo como necesario en todo caso. Eso sí, cuando se dan estas circunstancias, la norma reglamentaria requiere que la sustitución del encargado de coordinación por otros medios se justifique porque existan razones

<sup>15</sup> Así, STS 11 de mayo de 2005, rec. 2291/2004.

técnicas u organizativas que lo avalen; ello, ciertamente, podría conducir a interpretar que se aproxima bastante a lo obligatorio, por cuanto que ha de entenderse que, de no poderse aducir tales razones justificativas, la designación del encargado se convierte, ahora sí, en necesaria. Donde sí que se establece como obligatoria en todo caso la designación del coordinador de seguridad es en el sector de la construcción cuando en la correspondiente obra intervienen varios “proyectistas”, es decir, varias empresas contratistas. En este caso, sí que se precisa de manera expresa que el encargado de coordinación deberá ser designado por el promotor de la obra<sup>16</sup>.

Se enumeran reglamentariamente hasta seis supuestos diferentes descriptivos del perfil de las personas que pueden asumir esa condición de encargado de coordinación, con una voluntad de dejarlo muy abierto, si bien ello se puede resumir en que puede serlo un trabajador de cualquiera de las empresas concurrentes, un miembro de los servicios de prevención o una persona de una empresa dedicada a la coordinación de actividades preventivas. Paradójicamente, normativamente no se determina de manera expresa a quién corresponde la designación del encargado de coordinación, aunque puede interpretarse que es a la empresa titular de los locales a quien corresponde optar por la opción de perfil de la persona que asuma esta condición, a partir de lo cual, según supuestos, se designa al correspondiente coordinador por la misma empresa titular de los locales, otra empresa si se trata de un empleado de esta, el servicio de prevención ajeno o la empresa dedicada a la coordinación. Eso sí, en la medida en que al final la responsabilidad de la coordinación recae sobre la empresa titular de los locales es a esta a quien corresponde efectuar el seguimiento de la actividad desarrollada por este, incluso de impartirle las instrucciones precisas a tal fin.

Reglamentariamente se precisan con cierto detalle las funciones de estos encargados de la coordinación de las actividades preventivas, concretando las facultades de las que gozan frente al conjunto de las empresas concurrentes, con derecho de acceso a cualquier zona de trabajo, incluyendo la facultad de impartir las instrucciones necesarias a cualquiera de las empresas concurrentes y de proponer la adopción de las medidas que considere oportunas a las diferentes empresas (art. 14.2 RDCA).

Como contrapunto de todo lo anterior, en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del coordinador de seguridad, éste puede asumir la correspondiente responsabilidad civil extracontractual, indemnizatoria por los daños y perjuicios que puedan ocasionarse a los trabajadores (art. 1101 Código Civil). Eso sí, para que se imponga tal condena indemnizatoria civil será necesario que quede demostrada la responsabilidad del coordinador de seguridad, con particular constatación de la relación de causalidad entre el incumplimiento cometido de la normativa de prevención y el correspondiente daño provocado<sup>17</sup>.

## **7. LA INTERVENCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**

La normativa laboral ha ido estableciendo de manera sucesiva, aunque de manera deslavazada y poco integral, diferentes deberes de información y consulta a los

<sup>16</sup> Art. 3 Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre (BOE 25 de octubre), por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo en las obras de construcción. Arts. 3 d, 5.4, 8.1 y anexo Ley de subcontratación en el sector de la construcción

<sup>17</sup> STS, sala de lo civil, 30 de marzo de 2010, rec. 199/2006, ECLI:ES:TS:2010:2154.

representantes de los trabajadores en estos casos de coordinación de actividades. En términos enumerativos, estos deberes consisten en lo siguiente.

Los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores serán informados cuando se concierte un contrato de prestación de obras o servicios, con independencia de que lo sea o no de la propia actividad (art. 15.1 RDCA).

Los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en el centro de trabajo serán consultados, en la medida en que repercuta en la seguridad y salud de los trabajadores por ellos representados, sobre la organización del trabajo en el centro de trabajo derivada de la concurrencia de otras empresas en aquél (art. 15.2 RDCA).

Los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en el centro de trabajo estarán facultados para: a) acompañar a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas y verificaciones, ante los que pueden formular las observaciones que estimen oportunas; b) realizar visitas al centro de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo derivadas de la concurrencia de actividades; a tal fin podrán acceder a cualquier zona del centro de trabajo y comunicarse durante la jornada con los delegados de prevención o representantes legales de los trabajadores de las demás empresas concurrentes o, en su defecto, con tales trabajadores, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo; c) recabar de su empresario la adopción de medidas para la coordinación de actividades preventivas; a tal fin podrán efectuar propuestas al comité de seguridad y salud para su discusión en éste; d) dirigirse al encargado de la coordinación de actividades preventivas para que proponga la adopción de medidas para la prevención (art. 15.3 RDCA).

Tanto empresa principal como contratistas, con independencia de que se trate o no de contratos de la propia actividad, deberán informar a sus respectivos trabajadores de las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales<sup>18</sup>. Cuando, por añadidura, la contrata se ejecute de forma continuada en los mismos espacios la empresa principal deberá disponer de un libro de registro en el que se refleje esta información respecto de todas las empresas involucradas, quedando dicho libro a disposición de los representantes de los trabajadores. Se tipifica como infracción grave no disponer de este libro de registro (art. 7.12 LISOS).

Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tienen el derecho a formular a la representación legal de las personas trabajadoras de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, entre ellas las relativas a prevención de riesgos laborales, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación (art. 42.7 ET).

La representación legal de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de prevención de riesgos (art. 42.8 ET). Se trata de unas reuniones cuyo régimen jurídico se remite a la regulación general del derecho de asamblea estatutaria (art. 81 ET), si bien se trata de unas reuniones en las que no participan el conjunto de los trabajadores de la

---

<sup>18</sup> Art. 42.4 e ET para la empresa principal y art. 42.5 ET para las contratistas y subcontratistas. Para el sector de la construcción, art. 9 Ley de la subcontratación en el sector de la construcción.

empresa, sino exclusivamente los representantes de los mismos, es decir, los miembros de los comités de empresa y delegados de personal. Estas reuniones conjuntas se pueden efectuar también por parte de los comités de seguridad y salud o, en su defecto, de los delegados de prevención y de las empresas que carezcan de dichos comités (art. 39.3 LPRL).

## **8. LA IMPUTACIÓN DEL RECARGO DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL CASO DE COORDINACIÓN DE ACTIVIDAD**

En este marco, debe recordarse que la legislación de Seguridad Social contempla un incremento de las prestaciones cuando el siniestro es consecuencia de un incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo. Se trata de una materia de especial trascendencia, de modo que es donde se advierte una mayor litigiosidad judicial y, por tanto, una mayor precisión de concreción por parte de nuestra jurisprudencia.

A tal efecto, la legislación imputa esta responsabilidad de pago del recargo al “empresario infractor”, que es un calificativo genérico que no apela exclusivamente al empleador desde la perspectiva contractual laboral, sino genéricamente a quien incumple la normativa de prevención (art. 164 Ley General de la Seguridad Social). En estos casos, el precepto asume que, a resultas de todo lo dicho previamente, diferentes empresarios, que no tienen que tener la consideración de empleadores del trabajador beneficiario de estas prestaciones, pueden ser los sujetos incumplidores de la normativa de prevención y, como tales, tener esa condición de empresario infractor. En estos términos, empresario infractor puede ser cualquiera de los mencionados por la normativa en materia de coordinación de actividades, sin que sea preciso que se trate de una relación entre contratas de obras y servicios, mucho menos de contratas de la propia actividad, sino que basta con que se trate de empresas involucradas por la mera coincidencia espacial en la ejecución del trabajo o en el suministro de elementos de trabajo.

Eso sí, en la medida en que las obligaciones van ‘in crescendo’, son superiores en el caso de las contratas de la propia actividad, de modo que la empresa principal se convierte más en el centro de atención cuando se trata de contratas de la propia actividad. En concreto, para la jurisprudencia, lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad; en particular, lo decisivo es el hecho de que el trabajo se desarrolle en lugares bajo el control y la inspección de la empresa principal o en relación con lugares titularidad de éste<sup>19</sup>, o, dicho con otras palabras, el presupuesto básico para que proceda la imposición del recargo de prestaciones es que haya mediado relación causal entre la infracción apreciada y el accidente sufrido, de manera tal que el suceso dañoso haya sido determinado por el incumplimiento empresarial<sup>20</sup>; sin que en estos casos sea aplicable el concepto de centro de trabajo recogido en el Estatuto de los Trabajadores<sup>21</sup>. Ello se concreta en dos reglas complementarias: primera, la empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones aunque las tareas encomendadas a la empresa

<sup>19</sup> SSTs 20 de marzo de 2012, rec. 1470/2011, ECLI:ES:TS:2012:2505; 7 de octubre de 2008, rec. 2426/2007.

<sup>20</sup> STS 22 de junio de 2015, rec. 853/2014, ECLI:ES:TS:2015:3450.

<sup>21</sup> STS 26 de mayo de 2005, rec. 3726/2004.



auxiliar del trabajador accidentado no correspondan a su propia actividad<sup>22</sup>; segunda, la encomienda de tareas propias de la propia actividad a otra empresa genera específicos deberes de seguridad laboral, pero no comporta un automatismo en la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los trabajadores de las contratistas y subcontratistas<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> SSTS 5 de junio de 1999, rec. 3656/1997; 14 de mayo de 2008, rec. 4026/2006; 18 de enero de 2010, rec. 3237/2007, ECLI:ES:TS:2010:486.

<sup>23</sup> STS 18 de septiembre de 2018, rec. 144/2017, ECLI:ES:TS:2018:3454.

**LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA EUROPEO DE SEGURIDAD Y  
SALUD EN EL TRABAJO Y SU INFLUENCIA EN EL ORDENAMIENTO  
ESPAÑOL**

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

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

Universidad Complutense de Madrid

*“...Sólo es eficaz la protección que consigue sus objetivos...”*

(Santiago González Ortega, 2000)

SUMARIO:

1. BREVE PRESENTACIÓN
2. EL PROGRESIVO ASENTAMIENTO DE LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS
3. EL ESTABLECIMIENTO DE UNAS PRIMERAS DIRECTRICES PARA LOS ESTADOS MIEMBROS
4. LA FIJACIÓN DE UN MARCO NORMATIVO DE CARÁCTER COMÚN Y PROYECCIÓN GENERAL
5. LAS CONSECUENCIAS PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

## 1. BREVE PRESENTACIÓN

Fijémonos en tres normas reglamentarias de reciente aparición en los momentos de elaboración de este trabajo. En apariencia, son de tono menor, pero su trasfondo es de gran interés para entender nuestro actual sistema de regulación en materia de seguridad y salud en el trabajo. Una de ellas es el RD 395/2022, de 24 de mayo, que adapta las previsiones del RD 665/1997 sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo a las nuevas directrices de la Unión Europea, iniciadas en este terreno con la Directiva 90/394/CEE, renovadas con la Directiva 2004/37/CE y finalmente remozadas, hasta el momento, por la Directiva (UE) 2019/983 de 5 de junio de 2019, que es la norma que ahora ha sido objeto de trasposición. El segundo dato normativo que queremos traer a colación, a esos mismos efectos, es el RD 1076/2021, de 7 de diciembre, que hace lo propio con el RD 773/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, en este caso en relación con los cambios introducidos por la Directiva (UE) 2019/1832 y el Reglamento (UE) 2016/425 respecto de las reglas precedentes. El tercer exponente de lo que pretendemos poner de relieve nos lo proporciona la Orden TES 1287/2021, de 22 de noviembre, que ha procedido a la adaptación del anexo del RD 664/1997 sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, para trasponer los nuevos indicadores aportados a tal efecto por la Directiva (UE) 2019/1833.

Tal vez no debamos dejar de lado las diferencias de rango existentes dentro de ese pequeño muestrario normativo, pero no deja de ser un dato accesorio en nuestro contexto. El hecho de que en unos casos actúe el reglamento de cuño gubernamental y en otros la norma reglamentaria de elaboración ministerial se debe, sencillamente, a la peculiar distribución de papeles entre las instancias titulares de la potestad reglamentaria dispuesta por el legislador para estas operaciones normativas, muy probablemente con el fin principal de agilizar al máximo la realización de ese tipo de tareas. Más allá de esa pequeña advertencia, para nuestras reflexiones importa destacar antes que nada que en todos esos casos nos encontramos ante la aplicación práctica de un método de regulación que fue puesto en boga por el derecho comunitario con ocasión de sus directivas básicas en materia de seguridad y salud en el trabajo, con las que, como es perfectamente sabido, se fijaron los pilares de un nuevo marco normativo de ámbito europeo para lo que nosotros hemos dado en llamar, dentro de nuestras más modernas experiencias de ordenación legal, prevención de riesgos laborales. Con esa manera de proceder, las instancias competentes para la producción normativa en esta concreta materia (tanto las comunitarias como las internas de cada país) no hacen otra cosa que procurar la adaptación periódica y constante de las reglas preventivas. En primer término, adaptación al “progreso técnico”, pero también, de forma más general, a las nuevas circunstancias concurrentes en el sistema de producción y en el entorno social y económico de referencia. Vistas desde una perspectiva global, esas pautas metodológicas –o, más bien, de técnica legislativa– son las que han permitido, a la postre, la renovación persistente del acervo normativo de la seguridad y salud en el trabajo, tanto en su dimensión comunitaria como en su faceta nacional. Contempladas de un modo más incidental o con mayor grado de localización, son esos mismos puntales de programación normativa los que en su momento dieron la oportunidad de incorporar el SARS-CoV-2, causante de la pandemia covid-19, a la lista de agentes biológicos que en sede científica han llegado a calificarse como patógenos humanos conocidos. Como muchos recordarán, esta operación más concreta fue abordada por la

Directiva (UE) 2020/739 en el ámbito supranacional y por la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, en nuestro fuero interno.

De sobra es sabido que la base de todas esas actuaciones se encuentra en un sistema normativo confeccionado al calor de la revitalización de la dimensión social de la organización supranacional que hoy conocemos como Unión Europea, que en los inicios de este moderno proceso de transformación institucional aún se daba a sí misma los nombres de Comunidades Europeas o, sencillamente, de Comunidad Europea. Poniendo especial énfasis en ese importantísimo ingrediente (e “ideal”) de adaptación al progreso técnico (y al “progreso” sin más), el mencionado sistema normativo se construyó sobre el presupuesto general de que el ámbito potencial de aplicación de los objetivos de seguridad y salud en el trabajo (y, por decirlo así, de los objetivos de “medio ambiente laboral”) es tan amplio, complejo y dinámico, que resulta a todas luces aconsejable, si es que no inevitable, no sólo la combinación y articulación de diversos canales e instrumentos de regulación, sino también la actuación en fases sucesivas y con una cierta periodicidad. Por lo pronto, y para atender la primera de esas exigencias, había que disponer un marco general y común para el conjunto de las actividades profesionales susceptible de complemento mediante cauces de intervención más específicos, con el fin de cubrir adecuadamente las necesidades particulares de cada espacio o ámbito de trabajo. Con tal objeto, y justamente por esa misma exigencia de adecuación entre las previsiones preventivas y las necesidades reales de cada compartimento del sistema de producción, se antojaba imprescindible también la identificación de los factores detonantes o causantes de mayor riesgo o de riesgo más intenso, que finalmente se entendieron conectados a las características del sector de actividad, a la naturaleza de las sustancias utilizadas en el trabajo y a las particularidades de determinados grupos de la población trabajadora. En fin, como tercera escala en esta lista de prioridades resultaba asimismo ineludible introducir un método de regulación que permitiera llevar a cabo cuantas operaciones de adaptación o revisión se fueran mostrando aconsejables a la vista de la experiencia práctica, de los avances tecnológicos o de los consejos científicos.

Por lo que respecta a la maquinaria comunitaria de producción normativa, todo ello se iba a traducir en la apertura y activación de dos canales complementarios e interdependientes de regulación: de un lado, un canal básico capaz de proporcionar mandatos y orientaciones para el conjunto de las actividades profesionales; de otro lado, un canal más especializado apto para satisfacer de modo singular las necesidades de seguridad y salud en el trabajo de determinados sectores de actividad, de determinadas formas de organización productiva o de ciertos grupos de trabajadores. El primer canal habría de permitir la construcción de un soporte normativo común dotado de suficientes dosis de firmeza y estabilidad como para resistir el paso del tiempo, mientras que el segundo tendría más bien la finalidad de poner a disposición de los interesados indicaciones más precisas y al mismo tiempo más dúctiles, preparadas genéricamente para experimentar revisiones o adaptaciones progresivas. Tras algunos precedentes interesantes, del primer canal procedería al cabo de algunos años de rodaje la Directiva 89/391/CEE, mientras que del canal complementario nacería con el discurrir de los años una cantidad incesante y verdaderamente descomunal de “directivas específicas”.

Naturalmente, para que fuera posible una acción reguladora de tales características y de tanta envergadura, hubo que ir afianzando las competencias de las instituciones comunitarias en materia de seguridad y salud en el trabajo, que en un primer momento tan sólo contaban con una base bastante escueta y discreta. Con tal punto de partida, esa operación estructural de ampliación y enriquecimiento de competencias se fue llevando a

cabo mediante un proceso que tuvo su germen en los programas comunitarios de acción social aprobados en los años setenta del siglo pasado y que conoció sucesivos impulsos con ocasión de las grandes reformas de los Tratados fundacionales, empezando por el Acta Única Europea de 1986. Es muy probable, por otra parte, que la aprobación en 1989 de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en la que se reconoció expresamente el derecho “a la protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo” (art.19), tuviera mucho que ver con la notable intensificación experimentada durante las décadas posteriores por este particular frente normativo dentro de la Europa comunitaria.

## **2. EL PROGRESIVO ASENTAMIENTO DE LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS**

Como en tantas otras parcelas de lo social, los cimientos de la intervención comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo empezaron a excavarse y compactarse con el programa de acción social aprobado por el Consejo de las Comunidades Europeas mediante Resolución de 21 de enero de 1974, que partía de la necesidad de combinar la expansión económica de los países miembros con la mejora de la calidad de vida y de las condiciones de trabajo y que, dentro de ese objetivo general, preveía concretamente la mejora de la seguridad e higiene en el trabajo y del entorno laboral. Sentadas esas premisas generales, el proceso de construcción del sistema normativo de las Comunidades Europeas en materia de seguridad y salud en el trabajo se pondría en marcha de modo más directo y efectivo con dos significativas intervenciones del propio Consejo. La primera de ellas se materializó en la Decisión 74/325/CEE de 27 de junio, con la que la instancia máxima de gobierno de las Comunidades Europeas quiso poner de relieve que “la protección contra los accidentes y las enfermedades profesionales, así como la higiene del trabajo, forman parte de los objetivos del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea”, a cuyo efecto, y con ese preciso fin de impulsar y agilizar sus actuaciones, procedió a la constitución de “un Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el centro de trabajo” encargado de “asistir a la Comisión” en la preparación y aplicación práctica de las actividades que se proyectaran y realizaran en dicho ámbito. La segunda de las mencionadas intervenciones del Consejo cobraría cuerpo, por su parte, con la Resolución de 29 de junio de 1978, que promovió una acción común de las Comunidades Europeas y de los Estados miembros en la materia con la que se pretendía, en síntesis, favorecer el intercambio de conocimientos y experiencias, unificar los límites de exposición de los trabajadores a sustancias peligrosas, establecer los niveles tolerables de ruido de máquinas e instrumentos de trabajo, prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, y desarrollar métodos comunes de vigilancia de los riesgos del trabajo y de la salud de los trabajadores.

A la postre, se trataba de dar efectividad a los objetivos de mejora de las condiciones de vida y trabajo de la mano de obra “para su equiparación en el progreso” enunciados en el artículo 117 del Tratado entonces vigente, y, al mismo tiempo, de trasladar al terreno específico de la protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales las pautas ya conocidas de colaboración entre los Estados miembros y la Comisión Europea, en los términos marcados por el artículo 118 de ese mismo texto fundacional. Como estamos viendo, los textos originarios de las Comunidades Europeas, preocupados principalmente por la construcción del “mercado común”, no habían sido insensibles a

la situación de las condiciones de trabajo, ni habían olvidado, en particular, la necesidad de preservar unos niveles aceptables de seguridad y salud en el trabajo. Pero en aquellos momentos estas cuestiones sociales parecían concitar un grado de atención bastante menor que las cuestiones puramente económicas o comerciales. De ahí que la reforma de los Tratados efectuada por el Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986 (AUE), que se aprovechó para reforzar las competencias de las instancias comunitarias en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, supusiera una suerte de cambio de tendencia. Sobre todo, por la inclusión en el Tratado de un precepto de nuevo cuño [el artículo 118 a)] con tres importantes reglas en la materia. De entrada, los Estados miembros quedaban obligados a “promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores”, con el deber añadido de fijar entre sus objetivos “la armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito”. En segundo lugar, y para contribuir a la consecución de dicho objetivo, se habilitaba al Consejo para que, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento europeo y previa consulta al Comité económico y social, aprobara por el procedimiento de mayoría cualificada, y sin necesidad de unanimidad, “las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros” y cuidando en todo caso de que tales directivas no obstaculizaran “la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”. Por último, se dejaba constancia expresa de que las disposiciones aprobadas a tal efecto a escala comunitaria no debían ser obstáculo “para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo, compatibles con el presente Tratado”.

Tal haz de competencias se ha respetado, como era de esperar, en las posteriores versiones del “derecho originario” de la Unión Europea y, particularmente, en el Tratado de Funcionamiento aprobado a las puertas del siglo XXI. Con esta nueva versión de sus normas fundacionales, “la mejora de las condiciones de vida y de trabajo” sigue figurando por supuesto entre los objetivos de la Unión, sin dejar de pertenecer asimismo a la competencia de los Estados miembros (art.151). Además, y con el fin de contribuir a la consecución de ese propósito y de facilitar sus mutuas relaciones, las instituciones de la Unión Europea tienen el encargo de apoyar y completar la acción de los Estados miembros en el ámbito de “la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores” (art.153), que no es desde luego el único espacio de intervención comunitaria en materia social, pero que, no por casualidad, ocupa el primer lugar en el listado de competencias de la Unión Europea en dicho ámbito. Con esta base, el Parlamento Europeo y el Consejo pueden adoptar, en efecto, “medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias”, pero también pueden aprobar, en este concreto terreno que ahora nos interesa (el de la seguridad y salud en el trabajo), directivas que contengan “disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros”. Como ya marcó el AUE de 1986, para la aprobación de tales directivas no rige la regla especial de unanimidad de todos los Estados miembros, aunque las instituciones comunitarias habrán de respetar aquí el espacio reservado por el propio Tratado de Funcionamiento al diálogo social a la hora de proyectar y activar su acción normativa, por tratarse de temas relativos al ámbito de la política social (arts.154 y 155). Por lo demás, ni el establecimiento de directrices impide a los Estados miembros “mantener o introducir medidas de protección más

estrictas compatibles con los Tratados”, ni la aprobación de tales instrumentos agota el acervo de competencias comunitarias en la materia, pues la Comisión Europea también queda obligada a fomentar la colaboración entre los Estados miembros y a facilitar la coordinación de sus acciones en todo lo relativo tanto a “la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales” como a “la higiene del trabajo” (art.156).

No podía extrañar, a la vista de esa persistente y cada vez más precisa alusión de los Tratados fundacionales a la materia, que el derecho de los trabajadores “a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad” pasara a formar parte del elenco de derechos fundamentales de la Carta aprobada en el año 2000, bien es verdad que ubicado bajo el rótulo más general de “condiciones de trabajo justas y equitativas” (art.31 CDFUE). A esas alturas, tampoco podía resultar chocante que esa mención a la seguridad y salud en el trabajo fuera acompañada, dentro de esa misma cláusula cuasi constitucional, por el reconocimiento del derecho de todo trabajador “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 verdad, en el devenir de la política comunitaria, la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo ha estado siempre muy ligada a la mejora del medio ambiente laboral y, más en particular, al establecimiento de normas mínimas relacionadas con los tiempos de trabajo y de descanso.

### **3. EL ESTABLECIMIENTO DE UNAS PRIMERAS DIRECTRICES PARA LOS ESTADOS MIEMBROS**

La versión original del artículo 117 del Tratado de las Comunidades Europeas, bien es verdad que “reanimado” por las Resoluciones del Consejo de 1974 y 1978, empezó a mostrar todo su potencial cuando las instituciones comunitarias aprobaron a su amparo la Directiva 80/1107/CEE, de 27 de noviembre de 1980, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con su exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo. Se trataba de un primer marco regulador a escala comunitaria en materia de prevención de riesgos laborales, encaminado en esencia a reparar las deficiencias de un panorama normativo que en esos momentos se caracterizaba por la existencia de notables diferencias entre unos países y otros. Era consciente el legislador comunitario de la existencia en los Estados miembros de la Comunidad Europea de disposiciones normativas encaminadas a la protección de los trabajadores frente a esa clase de riesgos, pero también había tomado buena nota de la disparidad de las respuestas normativas nacionales y, en consecuencia, de la necesidad de “aproximar y mejorar” unas normas que repercutían directamente “sobre el funcionamiento del mercado común”. Había, además, un compromiso expreso por trabajar en pos de “una evolución equilibrada” de la Comunidad en sus dimensiones económica y social. Naturalmente, las acciones de aproximación y mejora habían de confluir en la fijación de “principios comunes” para la regulación de la materia en todos los Estados miembros, con el propósito en todo caso de que las medidas se diseñaran “con la mayor amplitud posible”, de manera que los Estados, dentro de ese marco, pudieran gozar de un cierto margen de opción para adoptar las decisiones que consideraran más apropiadas. El marco aprobado por las instituciones comunitarias en 1980 les iba a ofrecer la posibilidad, concretamente, de optar entre la adopción de medidas encaminadas a evitar a todo trance la exposición de los trabajadores a esa clase de riesgos o, de no ser posible lo anterior, la contención de tales vicisitudes a “un nivel tan bajo como sea razonablemente practicable”.

Para implantar ese nuevo escenario, la Directiva 80/1107 procedió al establecimiento a escala comunitaria de “un conjunto de prescripciones” que habían de implicar, entre otras cosas, “la fijación de valores límite” de carácter obligatorio para los Estados, cosa que en aquella primera fase se llevó a cabo mediante la confección de “una primera lista” de agentes de riesgo, pero con la previsión en todo caso de que con posterioridad se abordarse mediante “la aplicación de prescripciones complementarias más específicas”, siempre sobre esa base común. Por otra parte, este primer marco normativo comunitario de la seguridad y salud en el trabajo ya presuponía la necesidad de ir revisando a lo largo del tiempo “determinados aspectos técnicos de las prescripciones específicas que se han de establecer en las correspondientes Directivas”, lo cual, como parece razonable, habría de hacerse “a la luz de la experiencia adquirida y de los progresos realizados en los campos técnico y científico”. La Directiva de 1980 también dejaba señales claras, por cierto, del “importante papel” que “dentro del campo de la protección de los trabajadores” habían de jugar los así llamados “interlocutores sociales”.

Fiel a ese diseño, y tras dedicar sus dos primeros artículos a precisar su objeto (protección y prevención contra los riesgos generados por “la acción de agentes químicos, físicos y biológicos considerados como nocivos”) y a delimitar su ámbito de aplicación (con exclusión de los trabajadores expuestos a radiaciones comprendidas en el campo de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y de los pertenecientes a los sectores de la navegación marítima y la navegación aérea), la Directiva de 1980 impuso a los Estados miembros la obligación de adoptar una serie de medidas que quedaron alojadas y catalogadas en dos apartados distintos, en función de su carácter básico (lista del artículo 4) o de su carácter complementario (lista del artículo 5). También habilitó al Consejo para fijar, a propuesta de la Comisión, “los valores límites y las demás prescripciones específicas”, para lo que habría de aprobar “directivas particulares” relativas a “los agentes mencionados en el Anexo I” (artículo 8). Y con el fin de despejar el camino para la proyectada tarea de “adaptación al progreso técnico”, tuvo a bien aclarar que dicha operación había de ceñirse “a los aspectos técnicos reseñados en el Anexo III”, con arreglo precisamente “a lo dispuesto en las directivas particulares”. Para esa labor de adaptación al progreso técnico fue creado, por lo demás, “un Comité compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión” (artículo 9).

Como dijimos antes, con la Directiva de 1980 el “mercado común europeo” empezó a contar con un primer marco normativo compartido en materia de prevención y protección frente a los riesgos del trabajo, aun cuando no se hubieran alcanzado todavía los niveles de generalidad deseables y deseados, habida cuenta que sus prescripciones se limitaban, como hemos podido ver, a proteger a los trabajadores frente a determinados agentes de riesgo (en la línea que, dicho sea de paso, había marcado la Resolución del Consejo de 1978, anteriormente reseñada). No habían intervenido aún las instituciones comunitarias con una visión completa o panorámica de la seguridad y salud en el trabajo, pero, de todos modos, esas primeras directrices básicas sirvieron para la aprobación en los años subsiguientes de diversas directivas más específicas, tal y como había previsto el propio legislador comunitario. A esa acción normativa de carácter complementario o especificador perteneció, por ejemplo, una Directiva de 24 de junio de 1982 relativa a la prevención y protección de los trabajadores frente a “los riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales”, en la que significativamente se hablaba de limitar las consecuencias de dichos accidentes “para el hombre y el medio ambiente”. La misma raíz tuvo, por poner un segundo ejemplo, la Directiva de 19 de septiembre de 1983 sobre



la prevención y protección de los trabajadores contra los riesgos “que se deriven o puedan derivarse para su salud por el hecho de una exposición durante el trabajo al amianto”.

A esas alturas, el camino ya estaba perfectamente trazado, dispuesto para progresivas intervenciones con fines de reparación, mejora o ampliación. En el ámbito comunitario ya se había tomado buena nota, además, de que la atención al entorno del trabajo estaba muy relacionada con el cuidado general del medio ambiente. Esas fueron las bases, precisamente, de la nueva Resolución del Consejo aprobada con fecha de 27 de febrero de 1984, destinada a la puesta en marcha de un segundo programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de seguridad y salud en el trabajo. Partía este nuevo plan de la constatación del “elevado número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” y de la consiguiente necesidad de intensificar la colaboración entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros con el fin de buscar y poner en práctica, “a nivel comunitario”, los medios adecuados “para mantener o crear un medio de trabajo a la medida del hombre y de sus legítimas aspiraciones”. Tenía que tratarse ya de un programa “global”, capaz de llegar “a la totalidad de sectores de la economía” y con la participación desde luego de los interlocutores sociales. Sobre estas premisas, la Resolución de 1984 preveía básicamente tres acciones: proseguir con el establecimiento de disposiciones comunitarias sobre protección de los trabajadores frente a los agentes de riesgo, elaborar propuestas en materia de seguridad en relación con “ciertas actividades de altos riesgos”, y cuidar de que los empresarios y trabajadores expuestos a riesgos pudieran acceder a “informaciones adecuadas” acerca de las sustancias causantes de tal peligro. La mejora de las estadísticas, la coordinación de las tareas de investigación y la profundización en la cooperación de las instituciones comunitarias con organizaciones internacionales e institutos nacionales externos a la Comunidad, figuraban asimismo entre los horizontes del nuevo programa.

Pocos años más tarde, el diario oficial de las Comunidades Europeas publicaba --con fecha de 3 de febrero de 1988-- una Comunicación de la Comisión “sobre su programa en el ámbito de la seguridad, la higiene y la salud en el lugar de trabajo”, en la que se daban datos sobre la situación existente en esos momentos en los Estados miembros y las “acciones comunitarias” ya adoptadas, al mismo tiempo que se incluía un programa de actuaciones estructurado en seis apartados: seguridad y ergonomía en el lugar de trabajo, salud e higiene en el trabajo, información, formación, pequeñas y medianas empresas y diálogo social. En esa misma fecha, el diario oficial europeo también daba publicidad a una Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1987 que, partiendo de dicha Comunicación, ponía especial énfasis en la importancia “de la calidad del medio de trabajo, de las posibilidades que tienen los trabajadores de influir sobre el medio de trabajo con vistas a proteger su seguridad y salud así como de la motivación de los trabajadores” en el desarrollo del crecimiento económico y la mejora de la productividad, tanto en el nivel de las empresas como en el conjunto de la Comunidad. Con tal premisa, el Consejo llamaba a la Comisión para la elaboración de “planes de trabajo concretos, preferentemente anuales”, en los que se tuvieran en cuenta especialmente variables tales como la gravedad de los riesgos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, el número de trabajadores expuestos a ese riesgo y las posibilidades de aplicar a tal efecto medidas de prevención. Según esas directrices, la Comisión también debía establecer estrechos contactos con expertos nacionales, y las “partes sociales” debían colaborar en la aplicación de las directivas, en la concepción y aplicación de la política nacional, en la caracterización del medio de trabajo y en la aplicación de los correspondientes dispositivos dentro de las empresas. En fin, en todo ese contexto se contemplaba como una herramienta de primordial importancia “la sensibilización de la opinión pública”.

Toda esa labor gubernamental dio lugar a la postre a una significativa reforma del marco normativo de 1980, efectuada por la Directiva de 16 de diciembre de 1988. Con esta nueva directriz, dotada también de impronta general, la acción comunitaria en materia preventiva notó mejoras sobre todo al ampliar el listado de “valores límite” de exposición al riesgo, a partir de las evaluaciones proporcionadas por los expertos. Bien es verdad, que a los nuevos valores tan sólo se les atribuyó carácter “indicativo”, como un complemento de perfiles más flexibles al catálogo de valores que con carácter obligatorio se venían fijando desde el año 1980. En cualquier caso, la reforma de 1988 también pidió a los Estados miembros que extendieran la labor de prospección y calificación a “cualquier actividad que pueda presentar un riesgo de exposición de los trabajadores”, y precisó el deber de información del empresario hacia los trabajadores y sus representantes, que en adelante había de incluir referencias directas a las técnicas de prevención que debían seguir los trabajadores y a los procedimientos de evaluación del riesgo. Punto fundamental en la Directiva de 1988 fue asimismo el añadido de un *anexo II bis*, extraordinariamente detallado, en el que se daban definiciones básicas para la evaluación y la medición del grado de exposición al riesgo.

#### **4. LA FIJACIÓN DE UN MARCO NORMATIVO DE CARÁCTER COMÚN Y PROYECCIÓN GENERAL**

Visto con la perspectiva que dan los años, es evidente que desde la década de los setenta del siglo pasado se estaba fraguando en el seno de la Comunidad Europea un itinerario normativo de progresiva atención a los problemas de seguridad y salud en el trabajo. La culminación de tal proceso, al menos por el momento, tuvo lugar con la aprobación de la ya conocida Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Como sus precedentes más inmediatos, también se sustentó esta nueva norma comunitaria sobre el artículo 118 A) del Tratado entonces vigente, pero venía dotada de una carga de futuro que en aquellos momentos era difícil seguramente de imaginar. Impulsada a la postre por diversas acciones preparatorias de la Comisión, del Consejo y del Comité Económico y Social, la Directiva de 1989 fue de manera más inmediata el resultado de cuatro Resoluciones adoptadas en el año 1988 por el Parlamento Europeo en las que se “invitaba” a la Comisión Europea a “elaborar una directiva-marco que sirva de base a directivas específicas que cubran todos los riesgos relativos al ámbito de la seguridad y de la salud en el lugar de trabajo”. Decidida explícitamente a “elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores”, la intervención normativa encauzada a través de la Directiva de 1989 se asentaba sobre dos grandes premisas: de un lado, que pese a las acciones emprendidas “hay que lamentar todavía demasiados accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, por lo que “se deben tomar o mejorar, sin más tardar, medidas preventivas para preservar la seguridad y la salud de los trabajadores, de manera que se garantice un mejor nivel de protección”; de otro, que las exigencias comunitarias no podían justificar “un posible descenso del nivel de protección ya alcanzado en cada Estado miembro”.

La aprobación de este nuevo marco común de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito comunitario también contaba con algunos otros presupuestos de especial interés. Por lo pronto, se quería evitar que la existencia en los Estados miembros de sistemas legislativos y niveles de protección “muy diferentes” pudiera dar lugar a “una

competencia que vaya en detrimento de la seguridad y de la salud”. En segundo lugar, parecía ya evidente que la mejora de la seguridad, la higiene y la salud en el trabajo representaba un objetivo que no podía subordinarse “a consideraciones de carácter puramente económico”. En tercer lugar, también resultaba claro que, para conseguir el fin irrenunciable de la protección eficaz frente al riesgo, los empresarios debían informarse “de los progresos técnicos y de los conocimientos científicos sobre el diseño de los puestos de trabajo, habida cuenta los riesgos inherentes para sus empresas”. En cuarto lugar, la experiencia había puesto de relieve la necesidad de que los trabajadores y sus representantes estuvieran debidamente informados de los riesgos para su seguridad y su salud y de las medidas necesarias para reducir o suprimir dichos riesgos, con la precisión añadida de que debía facilitarse su “participación equilibrada” en la adopción de las pertinentes medidas de protección, de que a todos esos efectos los empresarios debían proporcionarles la información necesaria, y de que había que desarrollar, en general, procedimientos e instrumentos adecuados de información, diálogo y participación “entre los empresarios y los trabajadores y/o sus representantes”. Como pudo comprobarse en su artículo 1.2, todo ello conformaría un interesante *corpus* de principios generales dentro de la Directiva 89/391/CEE.

Por lo que se refiere a su dimensión reguladora, de ese texto comunitario conviene reseñar en primer término la amplitud de su campo de aplicación, que según su artículo 2 llegaba a “todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.)”, lo cual se correspondía con su amplia definición de trabajador (“cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices”), y su progresivo concepto de empresario (“cualquier persona física o jurídica que sea titular de la relación laboral con el trabajador y tenga la responsabilidad de la empresa y/o establecimiento”). Quedaban excluidos no obstante “los trabajadores al servicio del hogar familiar”, y se descartaba asimismo la aplicación de tales directrices “cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil”, si bien con la advertencia de que en tales casos “será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva”.

Digna de destacar en la Directiva de 1989 era asimismo su concepción de la idea de “prevención” y sus métodos de programación y articulación de la acción preventiva. Para ese texto comunitario, la prevención debía abarcar “el conjunto de disposiciones o de medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa, con el fin de evitar o de disminuir los riesgos profesionales” (art.3), de modo que la seguridad y salud de los trabajadores debía quedar garantizada “en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (art.5). Por ello, parecía lógico que la intervención en esta materia pivotara sobre el principio de “responsabilidad del empresario”, que daría lugar a múltiples obligaciones y que no podía quedar eximida por el solo hecho de disponer de servicios ajenos con competencias preventivas ni por las obligaciones impuestas a los trabajadores, aunque el legislador comunitario quiso al mismo tiempo dejar a salvo la posibilidad de que la legislación nacional procediera a la exclusión o disminución de dicha responsabilidad “por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas” (art.5). La traducción más directa de todo ello era la imposición al empresario de la obligación general de adoptar “las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la

salud de los trabajadores” con arreglo a un singular engranaje de “principios generales de prevención”: evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar, combatir los riesgos en su origen, adaptar el trabajo a la persona, tener en cuenta la evolución de la técnica, sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro, planificar la prevención, adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual y dar las debidas instrucciones a los trabajadores (art.6). Como dejaban ver las propias cláusulas de responsabilidad empresarial, el protagonismo del empleador en la actividad preventiva no significaba que los trabajadores quedaran libres de obligaciones en esta materia. A ellos les correspondía, concretamente, “velar, según sus posibilidades, por su seguridad y su salud, así como por las de las demás personas afectadas, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones de su empresario” (art.13).

Aspectos clave en la Directiva de 1989 fueron también los referidos a lo que podríamos denominar estructura e “intendencia” de la acción preventiva, que a la postre suponían nuevas obligaciones para las empresas, siempre encaminadas al objetivo central de protección eficaz de sus trabajadores. En el plano más estricto de la estructura preventiva, cabe mencionar tres exigencias principales, traducidas a la postre en otros tantos deberes empresariales dentro del articulado de la Directiva de 1989: el deber de implantar o activar en alguna de sus posibles modalidades los “servicios de protección y de prevención” (art.7); el deber de tener a disposición en las instalaciones empresariales medios adecuados para las eventuales tareas de “primeros auxilios, lucha contra incendios, evacuación de los trabajadores, riesgo grave e inminente” (art.8), y el deber de abrir cauces de consulta y participación de los trabajadores, que implicaba a su vez “el derecho de los trabajadores y/o de sus representantes a formular propuestas”, así como la obligación empresarial complementaria de conceder ciertas garantías y facilidades a los representantes de los trabajadores “con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores”, como “una dispensa laboral suficiente sin pérdida de salario” (art.11).

Por lo que se refiere a lo que con cierta libertad hemos llamado “intendencia preventiva”, tal vez la medida crucial dentro de la Directiva 89/391/CEE fuera la obligación de las empresas de proceder a la “evaluación de los riesgos” propios de su ámbito de producción y de trabajo, que razonablemente debía ir acompañada de una “adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su seguridad y salud en el trabajo” (art.14). Pero también contaba esta parcela de la acción preventiva con un segundo ingrediente de enorme trascendencia e igualmente inexcusable, que no era otro que la información en materia preventiva, que debía fluir en diferentes sentidos y transitar por muy diversos canales. Más exactamente, debía trasladarse información desde el empresario a “los trabajadores y/o sus representantes en la empresa y/o el establecimiento”, desde el empresario principal o de base a “los empresarios de los trabajadores de las empresas y/o establecimientos exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento”, y desde todos los sujetos implicados en la prevención a los trabajadores o representantes de los trabajadores “que desempeñen una función específica en la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores” (arts.9 y 10). Un tercer elemento de la intendencia preventiva forzosamente tenía que ser, por otra parte, la formación de los trabajadores en la materia, que debía ser “suficiente y adecuada” y que debía quedar garantizada por el empresario no sólo en el momento de la contratación, sino también con ocasión de otras diversas vicisitudes, como la mutación o cambio de función, la introducción o el cambio de un equipo de trabajo, la introducción de nuevas tecnologías o la aparición de nuevos riesgos (art.12).

Punto central en la ordenación jurídica proporcionada por la Directiva 89/391/CEE era, en fin, la conjugación de sus disposiciones generales con “directivas específicas” capaces de atender de modo más operativo y consecuente las exigencias de seguridad y salud en el trabajo en determinadas situaciones o circunstancias. En principio, la Directiva de 1989 previó la aprobación de directivas por ese circuito especial para atender los riesgos de seguridad y salud en los “lugares de trabajo”, para reglamentar la adecuada composición y el buen uso de los “equipos de trabajo” y de los “equipos de protección individual”, y para dar respuesta a los problemas concretos de determinados ámbitos de actividad (“trabajos con equipos provistos de pantalla de visualización”, “manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares”, “obras temporales y móviles” y “pesca y agricultura”), pero la posibilidad de poner en escena directrices especializadas quedó abierta asimismo para otras posibles hipótesis (art.16). Tales directivas específicas podrían ser modificadas desde luego con arreglo al procedimiento diseñado por el Tratado para esta materia de seguridad y salud en el trabajo, pero en este momento importa destacar sobre todo la posibilidad de que esos instrumentos de regulación experimentaran a lo largo del tiempo “adaptaciones técnicas” a la vista “del progreso técnico, de la evolución de las normativas o de las especificaciones internacionales y de los conocimientos”, a cuyo efecto la Comisión Europea sería asistida “por un comité compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión” (art.17).

## **5. LAS CONSECUENCIAS PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Ya tuvimos ocasión de ver que el método de “adaptación técnica” tendría también consecuencias para la actividad normativa de los Estados miembros, y particularmente para España. En realidad, cada operación de adaptación técnica efectuada por las instancias comunitarias en relación con el acervo de directivas específicas iba a suponer la correspondiente activación de los resortes normativos de los Estados miembros, con el fin de incorporar a sus normas internas las modificaciones efectuadas a escala comunitaria. Si bien se mira, la utilización de la directiva como vía de regulación por parte de las instituciones europeas conducía, prácticamente sin opción alternativa, a esa especie de réplica en cadena a escala nacional, por el consabido deber de transposición. Un ligero repaso a nuestro listado de reglamentos específicos en materia de prevención de riesgos laborales permite comprobar con facilidad esa constante labor de actualización o acondicionamiento, primordialmente referida a la protección frente a determinados agentes nocivos o peligrosos. Tal vez haya sido ese inevitable impacto de la acción normativa comunitaria en la actividad reguladora de los Estados miembros una de las razones más poderosas para que la Unión Europea haya procedido desde hace algunos años a una especie de cambio metodológico, al optar por el reglamento en lugar de la directiva como fuente de regulación a escala supranacional. El reglamento, evidentemente, aporta la gran ventaja de su aplicación directa frente a la intervención más parsimoniosa de las directrices, a la vez que logra un grado considerablemente mayor de uniformidad. Un buen ejemplo de esa nueva tendencia es desde luego el Reglamento UE 2016/425, de 9 de marzo, que se ocupa de los equipos de protección individual y deroga a tal efecto la Directiva 89/686/CEE. Muy significativamente, actúa bajo el presupuesto de que determinadas requisitos y procedimientos tienen que ser “idénticos en todos los Estados miembros”, sin dejar margen, por lo tanto, para “una transposición divergente”.

En todo caso, es indudable que el mayor efecto en España de las normas comunitarias sobre seguridad y salud en el trabajo, y de la Directiva 89/391/CEE en particular, ha sido la profunda actualización de nuestro sistema normativo interno, que incluso tras la específica llamada a los poderes públicos del artículo 40.2 de la Constitución de 1978, seguía contando como instrumento básico con la Ordenanza General de 9 de marzo de 1971. Es verdad que el Estatuto de los Trabajadores aprobado en 1980 llevó a cabo una primera modernización de nuestro sistema a través de su artículo 19, en el que no por casualidad se reconocía el derecho del trabajador “a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”. También es cierto que el ordenamiento español tuvo siempre en los Convenios de la OIT (como el número 155 de 1981 y más tarde el número 187 de 2006, además de los muchos sectoriales o específicos) una importante fuente de impulso y orientación en esta materia. Pero sólo con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, consiguió el legislador español poner en marcha un sistema normativo moderno y dar pasos firmes con vistas a la sustitución de la normativa precedente. Como no podía ser de otro modo, y como decía expresamente el preámbulo de dicha disposición legal, tal intervención derivaba de “la presencia de España en la Unión Europea”. Era entonces palpable, como seguía diciendo esa misma exposición de motivos, “la necesidad de armonizar nuestra política con la naciente política comunitaria en esta materia, preocupada, cada vez en mayor medida, por el estudio y tratamiento de la prevención de los riesgos derivados del trabajo”, y reflejada de manera básica, como ya sabemos, en la Directiva 89/391/CEE. De todos modos, la renovación del sistema interno a partir de la Ley 31/1995 sería progresiva, y alternaría la introducción de novedades con el mantenimiento, en distintas dosis de transitoriedad, de normas precedentes. Novedosas fueron, por ejemplo, las reglas sobre protección de seguridad y salud en relación con la contingencia de maternidad de la mujer trabajadora, con el trabajo de los jóvenes y con las prestaciones de servicios de carácter temporal, fruto de la trasposición, en la propia Ley 31/1995, de las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE. Más conservadora fue la intervención en algunos otros escenarios, como el trabajo en la minería, donde se mantuvo de momento la vigencia de la reglamentación sectorial precedente, a la espera de posteriores intervenciones normativas.

Dentro del espacio afectado por la renovación normativa, es de destacar la generalización de las normas de seguridad y salud en el trabajo operada con la Ley 31/1995, sin duda por las exigencias impuestas desde el derecho comunitario. La principal manifestación de esa sobresaliente extensión funcional y subjetiva tiene que ver, obviamente, con el trabajo prestado por los funcionarios públicos, que, con alguna excepción bien conocida (y en alguna ocasión discutida), ha quedado dentro del paraguas protector de una regulación que, pese a ello, sigue siendo de matriz eminentemente laboral. La aplicación de nuestra moderna legislación sobre prevención de riesgos laborales a “las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo” (como literalmente dice el art.3.1 Ley 31/1995), ha llevado consigo, además, alguna otra importante aproximación del régimen jurídico de esa parte del empleo público al estatuto regulador del trabajo asalariado de índole laboral. Probablemente el ejemplo más vistoso de ello se encuentre en el ámbito de la jurisdicción social, desde el momento en que se han atribuido a dicho orden jurisdiccional las acciones dirigidas a “garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales” o a impugnar “las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados”, aun cuando tengan la condición de funcionarios o de personal estatutario [art.2.e) Ley 36/2011]. Fuera de este remozado

sistema normativo de la prevención de riesgos laborales quedan desde luego diversos cuerpos de funcionarios, pero no hay duda de que los principios sobre los que se asienta la Ley 31/1995 —que son en definitiva los que están en la base de la Directiva 89/391/CEE— han conducido a la postre a una previsión sistemática de medidas de seguridad y salud para cualquier tipo de trabajo, al margen de muchas veces se haya llevado a cabo mediante normas especiales y fuera de los contornos formales de dicho texto legal. Podría decirse que el espíritu de prevención ha calado en la totalidad del sistema.

No hace falta decir, por lo demás, que la ordenación comunitaria de la seguridad y salud en el trabajo está muy presente en el interior de nuestra regulación interna. Más allá del método (esto es, de la combinación entre norma general y normas específicas y de la técnica de “adaptación al progreso”), es evidente que la huella de la Directiva 89/391/CEE (lo mismo que el rastro de las directivas más específicas) se puede encontrar a cada paso dentro de la Ley 31/1995 o de las correspondientes normas sectoriales o de aplicación más localizada. Acaso sean las previsiones sobre servicios de prevención (arts.30 y ss.), o sobre consulta participación (arts.33 y ss.), las que mayor carga innovadora presenten dentro de la trasposición efectuada por la Ley 31/1995, sin perjuicio de que sus características concretas respondan también a pautas de nuestra propia tradición o de nuestra experiencia doméstica. Pero el influjo del acervo comunitario de seguridad y salud en el trabajo se hace notorio en innumerables aspectos de nuestra normativa interna, desde el derecho a la protección eficaz reconocido en los primeros pasajes de esa disposición legal (art.14) hasta el arsenal de obligaciones impuestas a los trabajadores en esta materia (art.29), pasando por los principios de la acción preventiva (art.15), las medidas de evaluación de riesgos y planificación de la acción preventiva (art.16), las previsiones sobre equipos de trabajo y otros medios de protección (art.17), o las referencias a la información y formación de los trabajadores (arts.18 y 19). Superados ya algunos puntos de fricción en sus primeros lustros de rodaje, podríamos decir con tranquilidad, y también con la correspondiente nota de satisfacción, que el ordenamiento español supo sumarse de manera digna y responsable a los acreditados esfuerzos del legislador comunitario en pos de un sistema normativo aceptablemente garantista en materia de seguridad y salud en el trabajo.

## **EL RECARGO DE PRESTACIONES: LA RESPONSABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE EMPRESARIOS**

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

*“La importancia y trascendencia social de los problemas que presentan los sistemas de Seguridad Social hace absolutamente necesaria la búsqueda de soluciones que sean capaces de conciliar las exigencias derivadas de los cambios sociales y económicos con el mantenimiento de las señas de identidad de nuestro modelo de sociedad”*

Santiago González Ortega<sup>1</sup>

### SUMARIO:

1. EL RECARGO DE PRESTACIONES A LA PRUEBA DE LA TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD
2. LA RESPONSABILIDAD DEL RECARGO EN LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE EMPRESARIOS
3. RECARGO DE PRESTACIONES Y TRANSMISIÓN DE EMPRESA
4. LA NECESIDAD DE REFORMAS LEGISLATIVAS DE ADAPTACIÓN DE LA INSTITUCIÓN A LOS CAMBIOS DEL MODELO PREVENTIVO Y REPARADOR

---

<sup>1</sup> González Ortega, S.: “Presentación” a la obra González Ortega, S. (Coord.) *et alii*: *Seguridad Social y Familia*, Madrid, La Ley, 1999, pág. IX.



## 1. EL RECARGO DE PRESTACIONES A LA PRUEBA DE LA TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD

El recargo de prestaciones es una institución clásica. En su amplio recorrido histórico, se convendrá que el recargo de prestaciones es un campo de pruebas de la teoría general de la responsabilidad y del Derecho Sancionador, del Derecho de daños y de la responsabilidad<sup>2</sup>. El riesgo y la responsabilidad están intrínsecamente vinculados, como el riesgo y la confianza, o el riesgo y la seguridad. Cabe inquirir sobre ¿A quién puede atribuirse la responsabilidad (y por tanto los costes)? ¿O vivimos en un contexto de “irresponsabilidad organizada”?<sup>3</sup> El ordenamiento jurídico debe tener una respuesta satisfactoria al respecto.

Por otra parte, el recargo de prestaciones es un instituto jurídico que genera una conflictividad jurídica permanente, como confirma el “Derecho vivo” judicial y por extensión es una de las figuras más controvertidas del sistema de tutela pública preventiva y reparadora de los riesgos profesionales. Pese a ello, en el plano estrictamente normativo goza de una relativa estabilidad en su régimen jurídico de regulación específica; una estabilidad quizás más aparente que realmente existente en la experiencia jurídica. Quedará la percepción del recargo de prestaciones como una figura híbrida o mixta que conjuga en un todo unitario fines preventivos/sancionadores y reparadores<sup>4</sup>.

La norma reguladora básica es la contenida en el art.164 LGSS. Su mantenimiento se fundamenta ante todo en su fuerza disuasoria y persuasiva para alentar el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales. Tiene un efecto preventivo elevado, toda vez que es conocida por los empleadores las consecuencias del incumplimiento causal determinante de siniestros laborales con daños y perjuicios, que de haberse adoptado las medidas adecuadas se habría evitado (efecto psicológico de la sanción amenazada en la que se resuelve principalmente en el recargo). Esta disposición es de gran rigor y concisión técnica (cuestión distinta es la de los problemas planteados por su aplicación), al delimitar en sus tres apartados el concepto y los elementos constitutivos de la institución, la naturaleza de la responsabilidad y los sujetos responsables y, por último, su carácter independiente y compatible con todo ámbito de responsabilidad (no vulnera el principio “*non bis in idem*”, puesto que contempla el hecho punible desde perspectivas y finalidades específicas distintas a las sanciones administrativas; STC 158/1985, de 26 de noviembre, RTC,1985,158; y SSTS 30 mayo 2000,Ar.5533; 2 octubre 2000, Ar.9673; 17 de mayo de 2004, rec. 3259/2003; 25 de octubre de 2005, rec. 3552/2004; 13 de febrero de 2008, rec. 163/2007, etcétera). En este precepto se pretende incrementar los esfuerzos de prevención de los empresarios mediante la representación simbólica de una amenaza de agravamiento de la responsabilidad patrimonial directa. Es, así, que su finalidad última es el reforzamiento de las normas y medidas de prevención de riesgos profesionales: estimular los esfuerzos de prevención mediante la intimidación que provoca la sanción en el agente. En el trasfondo lo que se pretende es no tener que sancionar con la imposición del recargo. La responsabilidad del recargo de prestaciones es independiente y compatible con los demás ámbitos de responsabilidad que puedan derivarse del incumplimiento

<sup>2</sup> Nieto, A.: *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Ed. Tecnos, 2ª ed., 1994; De Cupis, A.: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1975; Díez-Picazo, L.: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999; Mercader Uguina, J.R.: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, Madrid, La Ley, 2001; Calabresi, G.: *El coste de los accidentes: análisis económico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Ariel, 1984.

<sup>3</sup> Beck, U.: *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002, pág.9.

<sup>4</sup> SSTS de 18 de julio de 2011, f.j.5, rec. 2502/2010; 23 de marzo de 2015, rec. 2057/2014; 5 de mayo de 2015, rec. 1075/2014; 14 de abril de 2015, rec. 962/2014, entre otras.

empresarial del deber objetivo de cuidado (art.164 de la LGSS). Ello se deriva también del posterior art.42.3 de la LPRL, conforme al cual las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios y del recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema (véase SSTS 2 octubre 2000, rec. núm. 2393/1999, RJ 2000, 9673; 14 febrero 2001, EDC 2001, 3041; y 9 octubre 2001, EDC 2001, 3552). Esta compatibilidad es coherente con la lógica interna del instituto del recargo, el cual tiene una naturaleza compleja, donde se une funcionalmente la dimensión punitiva y la dimensión sancionadora (sanción compleja unitaria de carácter intimidatorio).

Existe desde hace tiempo un intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza del recargo: las tesis más destacadas que se defienden en esa “lucha de ideas” e interpretaciones son hasta el momento: medida sancionadora (más o menos compleja), indemnización civil (más o menos matizada), cláusula penal de origen legal y “*tertium genus*” (naturaleza mixta) (paradigmáticamente, STS de 18 de julio de 2011, fj. 5, rec. 2502/2010). No es posible detenerse aquí a realizar un estudio técnico-jurídico y sistemático sobre esta diversidad de posiciones doctrinales. Tan sólo realizar algunas breves indicaciones sobre esta problemática central para la determinación de la naturaleza y régimen jurídico de la institución de recargo de prestaciones. A pesar de que se ha intentado o sugerido (v.gr., STS de 23 de marzo de 2015, rec.núm. 2057/2014) el vigente art. 163 LGSS es contundente respecto de la prohibición legal de aseguramiento privado del recargo de prestaciones, sin que tengan cabida en nuestro ordenamiento interpretaciones descontextualizadas “contra legem”, pues el margen de discrecionalidad judicial no ha de alcanzar nunca a la arbitrariedad.

El recargo tiene una naturaleza compleja –híbrida o mixta, que siempre la ha tenido, señaladamente a partir de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922- donde se funde la medida eminentemente sancionadora con su materialización como incremento de la prestación de Seguridad Social, sin participar de la naturaleza jurídica de ésta. Pertenece, pues, al género de los “sistemas sancionatorios complejos”, siendo, pues, un híbrido o mezcla de técnicas retributivas y reparadoras. No se olvide que la naturaleza de una institución es la que se infiere del Derecho positivo, salvo que se quiera hacer especulaciones en “el cielo de los conceptos jurídicos” y no se desee regresar a la realidad jurídica (R.v. Ihering)<sup>5</sup>. Se concreta jurídicamente en un aumento, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, de *todas* las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, *cuando* la lesión se produzca por causa de incumplimiento o inobservancia de normas o medidas de seguridad y salud en el trabajo. La responsabilidad del pago del recargo es imputable únicamente al empresario (persona física o jurídica, pero también las comunidades de bienes o, más ampliamente, entes desprovistos de personalidad que asuman la condición jurídica de empresarios), *recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno*, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla (art.164 LGSS) (SSTS de 8 de marzo de 1993, Ar.1714, y 8 de febrero de 1994, Ar.815; 4 de marzo de 2014; STSJ Valladolid, 28 enero 2003, Rec.núm.2801/02, RDS, núm.21, 2003, fjº. Único; STSJ Cataluña de 21 de mayo de 2012, AS 2012, 1912).

<sup>5</sup> Ihering, R.von.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, tra. Tomás A. Banzhaf y Mariano Santiago G. Martínez, Introducción de J. BMS. Vallet de Goytisolo, Madrid, Civitas, 1987, págs. 215 y sigs., y 267 y sigs.

En la perspectiva de su estructura, la norma ex art.164 LGSS contiene una “medida de desalentamiento” de comportamientos ilícitos o desviantes mediante el reclamo de una amenaza que hace surgir en el destinatario la obligación de comportarse de una determinada manera y que en caso de realización del comportamiento “desalentado” puede ser ejecutada coactivamente. Desde la perspectiva de su respectiva función (punto de vista funcional), la norma de sanción negativa (“castigo” que retribuye el acto ilícito) sirve a la conservación o protección de determinados intereses públicos mediante la represión de los actos desviantes, considerados socialmente nocivos; medida, pues destinada predominantemente a desalentar la trasgresión de una normativa dada. En rigor se podría retener aquí que el objeto de la política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto. De ahí se sigue que esta sanción compleja sea la “*ultima ratio*” del Estado ejercitando su potestad sancionadora. Es cierto que cuando se trata de intereses generales, lo relevante no es la indemnización del daño causado sino la *evitación* de que se produzca (Nieto, A., 1994,31 y sigs.). El recargo presenta, pues, una naturaleza dual (aflictiva y reparadora), donde se combina en una misma institución la dimensión sancionadora con el componente indemnizatorio en atención al perjuicio causado por el siniestro laboral. El art.164 LGSS realiza esta idea de sanción compleja. El recargo contribuye –desde la teoría jurídico-económica de los costes de transacción- a que el coste de no ser precavido sea muy alto y es inferior el beneficio que se obtiene no serlo, porque la cuantía de la sanción de recargo es realmente elevada y es capaz de ejercer en un sistema normativo eficiente una fuerza de “disuasoria” y “persuasiva” tanto desde el punto de vista psicológico como desde el punto de vista del juicio de racionalidad del *homo economicus*. Es la perspectiva de los “costes de transacción” en el marco del análisis económico del Derecho. Esa responsabilidad no es ilimitada en la lógica interna al instituto del recargo; el propio art.164 LGSS establece los límites del sacrificio patrimonial del desconocimiento del deber objetivo de cuidado.

El art. 164.1 LGSS incorpora un sistema de *textura abierta* o de cláusula general –vinculada al derecho del trabajador a toda seguridad posible- que comprende todo incumplimiento de normas preventivas que sean factores determinantes de que se produzca un accidente de trabajo o enfermedad profesional<sup>6</sup>.

La prohibición legal de aseguramiento del recargo es coherente con la función preventiva (y no exclusivamente reparadora) atribuida a esta institución. Todo el sistema positivo vigente en la materia (incluida la LRJS) está montado sobre la base de la naturaleza plural del recargo de prestaciones –la sanción compleja unitaria-. Es la posición del Tribunal Supremo, que encuentra un componente o elemento sancionador en el recargo de prestaciones. El Tribunal Supremo ha reiterado la “naturaleza mixta” o híbrida atribuible al recargo de prestaciones (STS de 30 de enero de 2008, rec. 4374/2006, que afirma la naturaleza jurídica *especial* del recargo de prestaciones es mixta: es una sanción con un fin preventivo y tiene también naturaleza reparadora: “El recargo tiene una naturaleza mixta, es en principio una sanción que tiene un fin preventivo y disuasorio, pero también

<sup>6</sup> Monereo Pérez, J.L.: *La recarga de prestaciones de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral*, Madrid, Civitas, 1992, *passim*; y analizando las últimas construcciones jurisprudenciales, *Ibid.*, “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas”, *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Maldonado Molina, C. y De Val Tena, A.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017, págs. 605 y sigs.; *Ibid.*, “El recargo de prestaciones a la prueba de los desafíos de la “sociedad del riesgo”, en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria* (IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la AESSS, Madrid, octubre de 2020), Murcia, 2020, págs. 677-713.; Romero Ródenas, M.J.: *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*, Albacete, Bomarzo, 2010.

tiene una naturaleza reparadora porque su importe repercute directamente en beneficio del perjudicado, lo que no ocurre con las sanciones pecuniarias que se ingresan en la Hacienda Pública”). Ahora bien, a pesar de esa “naturaleza mixta”, ha dejado constancia, acertadamente, de que la asunción de responsabilidades por la empresa sucesora no alcanza al recargo de prestaciones por muerte derivada de enfermedad profesional, sin que quepa imponer la responsabilidad solidaria del empresario cedente y cesionario que dispone el art. 127.2 (actualmente, art. 168) de la LGSS (STS de 28 de octubre de 2014, 4776/2014- ECLI: ES: TS: 2014: 4776, que reitera doctrina establecida en STS 18 de julio de 2011, RCU 2502/10). En este sentido se entiende que si bien “el recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en los supuestos de sucesión de empresas, tal como proclama el art. 127.2 LGSS (actualmente, art. 168), de todas formas *su función preventivo/punitiva*, la determinante idea de “empresario infractor” que utiliza el art. 164. 2 LGSS (SSTS 14/02/01, rcd 130/00-; y 21/02/02, rcd 2239/01-), la consiguiente afirmación jurisprudencial de que “sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo” (SSTS 08/04/93 –rcd 953/92-... 02/10/00 –rcd 2393/99-; 14/02/01 – 10/00-; 21/02/02/ -rcd 2239/01-; y 03/12/08 –rcd 29029/07), la exclusión de responsabilidad por el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la no asegurabilidad de aquélla- siquiera este mandato del art. 164.2 LGSS sea actualmente cuestionado por mor de las previsiones contenidas en los arts. 15.5 y 43.2 LPRL- (SSTS 02/10/00 –rcd 2393/99- ; 21/02/02 –rcd 2239/2001-; 16/05/07 –rcd 360/06-; 03/12/08 –rcd 2909/07-), llevan a concluir que la responsabilidad que comporta el recargo –cualquiera que sea el momento de su declaración- es *intransferible por la vía de la sucesión de empresa*, tal como sostiene la sentencia recurrida y como precedentemente ha declarado esta Sala en la decisión de contraste” (Fj. 2º). Por su parte, la STS, Sala Social, de 28 de febrero de 2019 (RCUD núm. 508/2017), se reitera la naturaleza sancionadora compleja del recargo de prestaciones.

## 2. RESPONSABILIDAD DEL RECARGO EN LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE EMPRESARIOS

La responsabilidad del recargo puede producirse en supuestos de pluralidad de empresarios *infractores*. Es el caso del trabajo en régimen de subcontratación, y el sistema de trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT). En realidad, en estos casos el ingreso en solidaridad o en la responsabilidad sea del empresario principal o de la empresa usuaria no aparece en concepto de obligaciones propiamente ajenas o de tercero, sino que se vincula a un previo incumplimiento de *su propio* deber objetivo de cuidado (que es imputado “*ex lege*”), impuesto precisamente en razón al control o dominio que el empresario principal ejerce sobre el centro de trabajo o lugar “destinado a albergar puestos de trabajo” (art. 2 de la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre de 1989. Conforme al art.2 del RD 171/2004, de 30 de enero, en desarrollo del art.24 LPRL, se entiende por centro de trabajo, cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo). La solidaridad interempresarial opera sobre el dato normativo previo de que ambos empresarios (art.14 LPRL) son “deudores de seguridad”, y el empresario principal o usuario lo es legalmente respecto a trabajadores ajenos que presten sus servicios en su centro de trabajo. Por ello no existiría estrictamente aquí una responsabilidad solidaria por hecho de otro, sino

derivada del incumplimiento propio de las normas de prevención y del deber general de vigilancia respecto al cumplimiento de dichas normas de prevención.

(1º) En el caso de la subcontratación, cuando se desarrolla el trabajo en el centro o “lugar” de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al trabajador de la contrata, e, incluso, que esa actuación se la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste, y por ello en estos casos el empresario principal puede ser “empresario infractor” a efectos del art.164.2 LGSS. Por lo demás, aunque esta conclusión se impone fácilmente en un caso de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, la responsabilidad se puede inferir en otros supuestos de contratas, puesto que *lo decisivo no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro su esfera de responsabilidad* (En este sentido omnicompreensivo, STS 16 diciembre 1997, RJ 1997, 9320, f.º 2º; STSJ Aragón 21 junio 1999, AS 1999, 1757; STS 12 de marzo de 2007, Rec.4099/2005, sobre extensión de la responsabilidad del recargo a la empresa principal). Lo relevante es que el empresario principal sea deudor de seguridad incumbiéndole en esta condición un deber objetivo de cuidado (deber de vigilancia; de “culpa in vigilando” habla la STS 18 abril 1992, RJ 1992, 4849), por lo que si su incumplimiento es factor o concausa determinante del siniestro laboral procederá la imputación del recargo de prestaciones en su esfera de responsabilidad personal. No es preciso que para que pueda imputarse la responsabilidad a la empresa principal la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de la empresa principal. La decisión no ha de fundarse de forma decisiva en este dato, sino en una interpretación del art.164 LGSS sobre la noción de empresario infractor a la luz de la legislación sobre prevención de riesgos laborales. Lo decisivo, como ocurre también en otros supuestos como en el caso de la empresa usuaria en el trabajo temporal, es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de este trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los trabajadores del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran; y así es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al trabajador del contratista, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad y salud lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo u organizativo laboral que se encuentra bajo su control (STS 16 diciembre 1997, RJ 1997, 9320; 5 mayo 1999, RJ 1999, 4705). Fue significativo en su momento la doctrina del TC resolviendo sobre el supuesto base de la imposición del recargo en el marco de un proceso de descentralización productiva: “en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador la prohibición de la analogía *“in malam partem”* también una de las exigencias del principio de legalidad (STC 182/1990, RTC 1990, 182, f.º 3º, y ATC 72/1993), pero aquí no se ha efectuado una extensión *“in peius”* de la imputación de responsabilidad a supuestos no subsumibles en el precepto legal, sino una mera interpretación teleológica de la expresión “empresario infractor” en la hipótesis

en que el trabajador accidentado está involucrado en procesos de descentralización productiva, en absoluto extravagante con el régimen jurídico del deber de seguridad e higiene en el trabajo, dado el tenor de los artículos 42.2 ET y 153 párrafo segundo OGSHT” (STC 81/1995, 5 junio, RTC 1995, 81, f.5).

La responsabilidad solidaria pura de la empresa principal y contratista respecto al recargo de prestaciones tiene como presupuesto que el accidente se produzca en el lugar de trabajo estando vigente la contrata (STSJ Cataluña, 7 noviembre 2002, Rec.1407/2002; 11 octubre 2002, Rec.3309/2001; STSJ Cantabria, 22 julio 2002, Rec.980/2001). Por falta de coordinación de las actividades empresariales determinante del siniestro laboral se puede producir la responsabilidad solidaria de la empresa principal y contratista (STSJ Cataluña, 12 noviembre 2002, Rec. 1105/2002, RDS, núm.21, 2003). La empresa es responsable de las medidas de seguridad de sus trabajadores aún cuando los trabajen en obras o instalaciones ajenas (STSJ Comunidad de Madrid, 18 julio 2002, Rec.6201/2001). El incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a diversos ámbitos de responsabilidad (art.42.1 LPRL). En particular, se establece un sistema de responsabilidad legal solidaria pura entre la empresa principal y los contratistas y subcontratistas (a que se hace referencia el art.24.3 LPRL) del cumplimiento, durante el período de vigencia de la contrata, de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal (art.42.2). El alcance material de la responsabilidad es omnicompreensivo, es decir, se proyecta respecto de todas las obligaciones en materia de prevención impuestas por la LPRL y respecto a todos los ámbitos de responsabilidad previstos en el art. 42.1 LPRL (incluyendo la responsabilidad especial del recargo de prestaciones ex art.164 LGSS; cfr. STSJ País Vasco 9 abril 2002, Ar.2012).

La STS 19 de septiembre 2018 (rec. 144/2017), hace extensiva la responsabilidad solidaria del recargo de prestaciones a la empresa principal por el accidente sufrido por un trabajador de la empresa subcontratista que prestaba servicios de reparación de la nave industrial de aquélla. Las anomalías desde el punto de vista de la seguridad y salud laboral son varias: el trabajador no portaba arnés en el momento del accidente; tanto la contratista cuanto la subcontratista carecen de plan de seguridad; no existe evaluación de los riesgos de la actividad concreta que se estaba llevando a cabo; en el momento del accidente ni había recurso preventivo ni se llevaba a cabo vigilancia de las tareas, ni se había impartido instrucciones sobre la forma de ejecución de los trabajos. El trabajador accede a la situación de gran invalidez, imponiéndose a la empresa subcontratista un recargo de prestaciones del 30%. Estimando en parte el recurso del trabajador, el INSS declara asimismo la responsabilidad solidaria de la empresa contratista. (fj. 1º). Se vincula el art. 164 LGSS con los supuestos de descentralización productiva, se halla en el art. 24.3 de la LPRL y en el art. 42.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden Laboral<sup>7</sup>, preceptos que establecen la responsabilidad solidaria con los contratistas y subcontratistas del empresario principal, por el cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, cuando tratándose de

<sup>7</sup> 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), que establece en su art. 42.3 que “La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

obras y servicios de su propia actividad, “la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”. El TS entiende –con amplia cita de doctrina jurisprudencial precedente– que la empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones aunque las tareas encomendadas a la empresa auxiliar del trabajador accidentado no correspondan a su propia actividad (y, por tanto, se sitúa, al margen del supuesto de hecho normativo ex art. 42.1 ET). En todo caso, lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad. También debe considerarse errónea la doctrina extensiva de la responsabilidad por el recargo de prestaciones al empresario principal en todo caso, incondicionalmente y sin apreciar la existencia de infracciones que le sean achacables (Porque, ciertamente, la encomienda de tareas propias de la propia actividad a otra empresa genera específicos y reforzados deberes de seguridad y salud laboral, pero no comporta un automatismo en la imputación de la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los contratistas o subcontratistas.).

(2º) Por su parte, en el régimen de trabajo a través de ETT se conforman desde el punto de vista jurídico-material una típica relación laboral triangular. En el sistema legal se establece un conjunto de obligaciones de la ETT y de la empresa usuaria en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 28.1, 2 y 5, en relación con el art.16.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio). La razón de esta imputación de responsabilidad (y que no sino una transposición a nuestro Derecho interno de lo establecido en el art.8 de la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991) hay que buscarla en el hecho de que es la empresa usuaria la receptora de los rendimientos y utilidad patrimonial de la prestación laboral y a la que, en definitiva, corresponde la “dirección y el control” (art.15 Ley 14/1994) de su actividad laboral y por tanto, también la obligación de proporcionar a sus trabajadores los medios que resulten adecuados a la protección de su integridad física. Por consiguiente, aun cuando a la ETT incumba la obligación legal de informar a sus trabajadores sobre los riesgos a que pueden estar expuestos y, en su caso, sobre la protección y prevención frente a los mismos, corresponde, sin embargo, a la usuaria la material adopción de las medidas de seguridad dirigidas a la evitación del daño. Debe examinarse la respectiva diligencia de ambas empresas, requisito que junto con el de causalidad adecuada entre la conducta y el daño causado, define una responsabilidad en la que, de forma inexcusable se exige la concurrencia de una conducta empresarial, de un ilícito o incumplimiento del deber objetivo de cuidado (STSJ Cataluña 19 octubre 1998, AS 1998, 4210). Se ha apreciado la procedencia del recargo por falta de formación del trabajador de la ETT; por lo demás, la empresa usuaria debió adscribir al trabajador a un puesto acorde a sus conocimientos (STSJ Andalucía-Granada, 12 noviembre 2002, Rec. 813/2002). La empresa usuaria responde de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y del cumplimiento de la obligación informativa prevista en el art.24.2 y 4 de la LPRL. Lo cual es lógico, ya que la empresa usuaria, aunque *no* es parte del contrato de trabajo, es la que *controla el ambiente de trabajo* de los trabajadores cedidos o en misión. Pesa sobre ella un *deber objetivo de cuidado más allá del esquema del contrato de trabajo*. De acuerdo con el art.42.2, párrafo 2º de la LISOS en las relaciones de trabajo de las empresas de trabajo temporal, y sin perjuicio de las responsabilidades propias de ésta, la empresa usuaria será responsable de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo en los términos del art.16.2 de la Ley 14/1994, de 1 de julio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Las *empresas usuarias* son responsables de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como del recargo de prestaciones económicas del

sistema de Seguridad Social, en el caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro o lugar de trabajo (cfr. Art.2 del RD. 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el art.24 de la LPRL, y su conexión funcional con la “Directiva Marco” de 1989) de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa determinante de la falta de medidas de seguridad e higiene (art.164 LGSS). El empresario usuario es el *sujeito obligado y responsable*. Esta responsabilidad directa e individualizada de la empresa usuaria se fundamenta, ante todo, en el hecho jurídicamente relevante de su capacidad de control sobre el medio de trabajo y en la persistencia en ella de la deuda de seguridad (y la posible imputación de la consiguiente “culpa in vigilando” ex art.1902 del Código Civil). No obstante, la ETT puede devenir responsable del recargo en el caso de que el incumplimiento de sus obligaciones preventivas sea el factor determinante de la producción del siniestro laboral, en las condiciones típicas generales previstas en el art.164 LGSS. No se olvide que la ETT es responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 del art.28 LPRL, debiendo informar a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualidades requeridas (art.28.5.2º párrafo). Sin embargo, para el cumplimiento de la labor de vigilancia de la salud de sus trabajadores requiere de la cooperación necesaria de la empresa usuaria sobre las condiciones en las cuales el trabajo se realiza (art.28.5 LPRL). En este sentido la empresa principal responde de la seguridad laboral en las dependencias o lugares que controla, con independencia de si se trata o no técnicamente de un centro de trabajo. En relación a ello, cuando la empresa principal sea responsable del accidente laboral es posible imponerle el abono del recargo de prestaciones respecto de quienes no son sus trabajadores. Por lo demás, la responsabilidad en cuestión puede ser de carácter solidario (SSTS ud de 10 de diciembre de 2007, Rec. 576/2007; 22 de noviembre de 2002, Ar.510/03). Pero la responsabilidad debe ser objeto de individualización atendiendo a las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, se declara que “es la empresa usuaria la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y, a falta de incumplimiento por parte de la recurrente en orden a sus obligaciones frente a los trabajadores puestos a disposición de aquella que, además, haya contribuido a la producción del siniestro, no es posible declararle responsable del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social (STS de Madrid de 10 de febrero de 2010, IL J 704).

Para estos supuestos del trabajo a través de la subcontratación y de Empresas de Trabajo temporal hay que tener en cuenta lo establecido en el art. 42.6 LISOS, a cuyo tenor “la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al *recargo*, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social”.

En otro orden de ideas, la responsabilidad solidaria empresarial se puede producir en el marco del grupo de empresas, señaladamente cuando este puede ser considerado, según criterio jurisprudencial, como una unidad empresarial, lo que conduciría de suyo a la responsabilidad solidaria de todos los empresarios, aplicando la doctrina del levantamiento del velo (STSJ Andalucía, 1 octubre 2002, Rec. 3307/2001, f.j.6).



### 3. RECARGO DE PRESTACIONES Y TRANSMISIÓN DE EMPRESA

En los supuestos de *transmisión de empresa* la responsabilidad empresarial del recargo viene planteando numerosos problemas prácticos. Tradicionalmente, la posición mantenida por la Sala de lo Social del TS en este asunto ha sido la de matizar la responsabilidad de la empresa sucesora en los supuestos de recargo de prestaciones, fuertemente condicionada por la dimensión sancionadora del recargo de prestaciones (SSTS 18 julio 2011 (rcud. 2502/2010 y 28 octubre 2014, rcud. 2874/2013). Pese a que el recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional adicional que podría apuntar a una posible extensión de su responsabilidad en supuestos de sucesión de empresa conforme a lo previsto en el art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS/2015), se considera, no obstante, que debe prevalecer la función preventiva/punitiva. En base a ello, se postula la primacía de la idea de “empresario infractor” que se desprende de la redacción del art. 123.2 LGSS (art. 164 TRLGSS/2015) que proclama la responsabilidad directa de éste, de la que se deduce el carácter personalísimo y sancionador del recargo, impeditivo de que se transmita de la empresa incumplidora a la sucesora. Por tanto, la responsabilidad que implica el recargo fue considerada intransferible por aplicación del art. 44 ET.

Ahora bien, a partir de la STS 23 marzo 2015 se opta por separarse en parte de la doctrina anterior en la que se declaraba, a partir de dar preeminencia a la dimensión punitiva, la intransferibilidad de la responsabilidad que comporta el recargo por la vía de la sucesión de la empresa. Esta posición jurisprudencial se ve rectificadas completamente por la sentencia citada, entre otras razones, porque se aduce la doctrina planteada por la STJUE de 5 marzo de 2015<sup>8</sup>.

La solución adoptada parte de una reconsideración del tema objeto de discusión, entendiendo que, a los efectos de la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo ha de tomarse en consideración e incluso primar (lo cual parece más discutible de *lege data*) la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva. Ello comporta que, de forma opuesta a la doctrina anterior, la consecuencia inducible de las previsiones del art. 123.2 (art. 164 LGSS) ha de ceder frente a las derivables del art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- LGSS), lo que resulta del todo coincidente con la doctrina comunitaria derivada de la sentencia del TJUE mencionada.

Para llegar a esta conclusión, el TS realiza unas consideraciones previas. En primer lugar, sostiene que el art. 44.3 ET salvo -en la materia del régimen jurídico que corresponde a la sucesión de empresa- la regulación específica de “la legislación de Seguridad Social”, lo que comporta una remisión a este ámbito normativo e impone en el mismo la necesidad de una respuesta, expresamente regulada por el legislador u obtenible por analogía. Por otro lado, el art. 123.2 LGSS (actualmente, art. 164 LGSS) no contempla la específica incidencia de la sucesión empresarial en la responsabilidad por recargo de prestaciones, puesto que se refiere exclusivamente a la imposibilidad de transmitirla por negocio jurídico específico ad hoc y destinado a “cubrirla, compensarla o transmitirla”. Por el contrario, el art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en

<sup>8</sup> Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: “El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (SSTS 4 y 23 de marzo de 2015)”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, N° Extraordinario 2016. Doctrina judicial en materia de Seguridad Social: Balance y Análisis Selectivo de Sentencias del Año 2015*, Murcia, Laborum, 2016, págs. 85 a 92; Monereo Pérez, J. L., y Sánchez Pérez, J., “El recargo de prestaciones y la nueva doctrina jurisprudencial. Una reflexión crítica a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 y de 23 de marzo de 2015”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2015 (LA LEY 7728/2015).

orden a las prestaciones”- LGSS) sí prevé la transmisión de prestaciones en los casos de sucesión de empresas, señalando que el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión.

A pesar de que este último precepto se refiere específicamente a las “prestaciones” y no al “recargo de prestaciones”, el TS subraya que dicha laguna legal debe colmarse con el propio ordenamiento de la Seguridad Social, mediante la inclusión del recargo de las prestaciones dentro de los supuestos previstos en el art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- LGSS). En apoyo de esta solución, el Tribunal Supremo sostiene que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de “prestación” en los más variados aspectos: por un lado, su regulación por la LGSS se hace en Sección 2ª titulada “Régimen General de las Prestaciones”, ubicada en Capítulo III denominado “Acción Protectora” y dentro del Título II “Régimen General de la Seguridad Social”; por otro, la competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1ª) LGSS atribuye “la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social”; en tercer lugar, el procedimiento para la imposición del recargo es el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996; en cuarto lugar, los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 son de aplicación al recargo de prestaciones (art. 162.3 LGSS); en quinto lugar, el recargo es objeto de capitalización y susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como las pensiones de las que se declara la responsabilidad empresarial; en quinto lugar, el plazo de prescripción que le resulta aplicable es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones. El plazo de prescripción es de cinco años<sup>9</sup>. Este plazo comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es cuando concurren los tres elementos que integran el derecho: 1) el accidente de trabajo; 2) la infracción de las medidas de seguridad; y 3) el hecho causante de la prestación de Seguridad Social objeto de recargo (SSTS 19 de julio de 2013, rec. 2780/2013, y 12 de noviembre de 2013, rec. 3117/12). Por su parte, la SRS de 18 de diciembre de 2015, rec. 2720/2014, sienta la doctrina de que el “diez a quo” para la prescripción del recargo coincide con aquél en el que por primera vez recae resolución judicial o administrativa firme reconociendo la existencia de una contingencia profesional como causante de una prestación permanente. Reconocido el derecho al recargo, las prestaciones que se reconozcan en el futuro por la misma contingencia llevarán anudado el derecho al mismo. El recargo de prestaciones se vincula con la prestación de referencia como elemento adicional siguiendo en gran medida su régimen jurídico a efectos de plazo de prescripción (STS 4373/2016, de 15 de septiembre de 2016, ECLI: ES: TS: 2016: 4373, rec. 3272/2015).

Una vez aclarada la aplicación del art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- de la LGSS) al caso enjuiciado, el TS analiza la referencia de dicho precepto a las prestaciones causadas con objeto de precisar el alcance temporal de la transmisión de la responsabilidad del recargo. Pues bien, para el citado Tribunal la expresión “causadas” no solo comprende las ya reconocidas con anterioridad a la subrogación, sino que, partiendo de una interpretación material, la misma ha de recoger también a las “generadas”, con independencia del

<sup>9</sup> La STS 14 de 7 de 2015, recurso 407/214, viene a establecer la interrelación entre el proceso para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios y el proceso en el que se solicita el recargo de prestaciones, estableciendo que el proceso en reclamación de indemnización interrumpe la prescripción de la acción para solicitar el recargo, de lo que cabe, así mismo, concluir el efecto contrario, esto es, que el proceso por recargo interrumpe la prescripción de la acción para reclamar el integro resarcimiento de los daños derivados del accidente de trabajo. Tal interrelación se reitera en la STS de 21 de noviembre de 2019. Véase STSJ MU 644/2020, de 11 de marzo de 2020 - ECLI: ES:TSMU:2020:644

momento de su reconocimiento. Esta interpretación es la más razonable, a juicio del TS, cuando de su aplicación al recargo se trata, por cuanto habría de aplicarse a las enfermedades profesionales, por lo que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa. De manera que el referido mandato del art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- LGSS) no sólo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión, sino que igualmente ha de alcanzar a los que, por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad-, se hallasen “in fieri” a la fecha de cambio empresarial.

Finalmente, nuestro más alto tribunal viene a realizar una última consideración de no poca trascendencia, la de que la transmisión de la responsabilidad del recargo de prestaciones no solo resultará de aplicación en los casos de fusión por absorción, que es el corresponde al supuesto de hecho enjuiciado, sino a todos los casos de sucesión empresarial: fusión por constitución, escisión, fenómenos de transformación o cesión global de activo o pasivo. A esta conclusión llega el Tribunal Supremo a partir del examen que realiza de la Directiva 78/855/CE y la STJUE 5 marzo 2015 (Asunto C-343/13), entendiendo que pese a que el caso examinado por el tribunal comunitario se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso objeto de estudio por nuestro tribunal, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio, y por otra parte la sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de empresas y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance -general- a la rectificación de criterio que ahora se hace<sup>10</sup>.

Resumiendo: las dos sentencias referidas (a la que cabe añadir, en la misma dirección interpretativa, la STS de 25 de febrero de 2016, Rec. 846/2014) vuelven a hacer del recargo de prestaciones una figura polémica (a pesar de que el propio Tribunal Supremo continúa, sin duda, manteniendo expresamente el carácter complejo, sancionador y reparador del recargo de prestaciones) en la que lejos de darse una solución cerrada a los problemas que suscita, de nuevo cobran fuerza las interpretaciones encontradas. Prueba de la falta de unidad de criterio en torno a esta institución la encontramos en la segunda de las resoluciones en las que se han sucedido dos votos particulares. No sólo esto sino que en la STS 23 marzo 2015 se da un cambio interpretativo de enorme relevancia. La tesis que hasta ahora venía manteniendo el TS avalaba que, en los casos de sucesión de empresas, el ordenamiento socio-laboral obligaba a fijar una responsabilidad solidaria de la empresa sucesora respecto de las “prestaciones” de Seguridad Social de las que pudiera resultar responsable la empresa sucedida o anterior, si bien con exclusión del recargo de prestaciones en atención a su especial regulación y su naturaleza mixta – punitiva o reparadora-, de modo que el carácter punitivo obstaculizaba el mecanismo de la subrogación contenido en el art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015). El nuevo criterio adoptado prevé que la regulación actual del recargo no contempla la incidencia que puede tener en el mismo la sucesión de empresas, existiendo en este sentido una laguna legal que se debe completar con los preceptos propios de la legislación de Seguridad Social, sosteniendo *hic et nunc* la aplicación del art. 127.2 LGSS (Art.168.- “Supuestos

<sup>10</sup> Paradigma de un criterio en contrario es el mantenido en la STS de 28 de octubre de 2014, rcud, 2784/2013, que declaró que la asunción de responsabilidades por la empresa sucesora no alcanza al recargo de prestaciones por muerte derivada de enfermedad profesional, a pesar de la naturaleza mixta atribuible al recargo, sin que quepa imponer la responsabilidad solidaria del empresario cedente y cesionario que dispone el art. 127.2 LGSS; reiterando la doctrina mantenida por STS 18 de julio de 2011, rcud, 2502/10).

especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”- del TRLGSS de 2015) y, por tanto, la transmisibilidad en estos casos de este tipo de responsabilidad.

En definitiva, el Tribunal Supremo se ha decantado a partir de varios pronunciamientos en 2015 por alterar la interpretación estricta realizada hasta ahora a través de la STS 23 marzo 2015, tomando como referencia la STJUE 5 marzo 2015 (Asunto C-343/13) sobre la aplicación de la Directiva 78/855, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (hoy ya Directiva 2011/35, de 5 abril). Se rectifica, de este modo, la doctrina antes consolidada respecto de la transmisibilidad, en los casos de sucesión de empresas, del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, impuesto a la empresa sucedida por incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo, cuando la conducta infractora se había producido en fecha anterior a la realización de la sucesión empresarial (No altera, en lo principal, esta configuración la doctrina sentada en la STS de 28 de febrero de 2019, RCUd núm. 508/2017, que se reafirma en la naturaleza eminentemente sancionatoria del recargo de prestaciones en un supuesto singular).

Se trata de una solución que deriva lógicamente de la naturaleza plural y compleja de la figura del recargo y que muestra la tensión presente en una institución que aspira a cubrir determinados objetivos *persuasivos*, pero que se muestra limitada a la hora de ofrecer soluciones adecuadas, si tenemos en cuenta la inexistencia de responsabilidad subsidiaria de las Entidades Gestoras y la imposibilidad de su aseguramiento coherente con su persistente dimensión punitiva<sup>11</sup>. Por ello, resulta problemática la opción interpretativa del Tribunal Supremo a la hora de colmar las insuficiencias del ordenamiento socio-laboral en orden a proteger los derechos de los trabajadores en los casos de transmisión empresarial. Aunque ciertamente, resulta innegable que la jurisprudencia comunitaria impone que las leyes nacionales deben interpretarse en el sentido que mejor se acomode a las finalidades perseguidas por las Directivas sobre fusión de empresas. En todo caso, sería necesario establecer una regulación más precisa del recargo de prestaciones manteniendo su naturaleza jurídica compleja, sancionadora y reparadora al propio tiempo, pero determinando con mayor concreción su régimen jurídico para los distintos supuestos controvertidos en la experiencia jurídica.

#### **4. LA NECESIDAD DE REFORMAS LEGISLATIVAS DE ADAPTACIÓN DE LA INSTITUCIÓN A LOS CAMBIOS DEL MODELO PREVENTIVO Y REPARADOR**

Es manifiesto que en la racionalidad jurídica del recargo de prestaciones preside la prevención y que se enmarca dentro de la lógica de un modelo de organización preventiva. En este sentido, la institución del recargo amenaza persuasivamente con la adopción de las medidas punitivas y reparadoras precisamente para garantizar la prevención de riesgos. Por otra parte, también debe quedar claro que el recargo forma parte de un *sistema preventivo integral* que debe incorporar un conjunto heterogéneo y articulado de medidas de diversa índole.

En este sentido para hacer frente a la realidad detectada de un generalizado incumplimiento de las medidas preventivas y sus efectos negativos, se aprobó el Real

<sup>11</sup> El problema de la responsabilidad empresarial quedaría en gran medida resuelto atribuyendo a la institución pública del FOGASA también este ámbito responsabilidad, o creando una institución pública *ad hoc* financiada por los empresarios que cubriera ese ámbito de responsabilidad.

Decreto 231/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral<sup>12</sup>. Con esta normativa se pretende ahora lograr un doble objetivo, de un lado, reducir la siniestralidad laboral y, de otro, contribuir a paliar un problema económico y social de tanta relevancia como es el alto índice de accidentes de trabajo<sup>13</sup>. De este modo, el legislador asumió esa estrategia en la dimensión incentivadora (“bonus”), optando así por no realzar (como tampoco se hizo en el 2010) la vertiente penalizadora (“malus”)<sup>14</sup>, derivada del incumplimiento por el empresario de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales y ello, al considerar que la misma está ya suficientemente cubierta por el ordenamiento jurídico a través del recargo de prestaciones, la pérdida de bonificaciones y la posible actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS)<sup>15</sup>. Se trata de una típica técnica normativa de alentamiento público institucional para fomentar en cumplimiento de los deberes y normas preventivas, pero partiendo del dato normativo obvio de que la observancia de las medidas de prevención y salud laboral constituye también típicas obligaciones jurídicas revestidas del poder de coerción para el caso de incumplimiento por parte de sus destinatarios.

Hay quien ha propuesto explícitamente la supresión de esta institución y quien –partiendo de la naturaleza compleja e híbrida del recargo- postula su reconducción hacia una pura “indemnización civil” especial (reconfiguración técnico-jurídica). Por mi parte abogo por su mantenimiento como institución compleja (“sanción compleja unitaria” que anuda una doble dimensión punitiva y reparadora) a condición de que se realicen importantes cambios de carácter racionalizador dentro del sistema poliédrico de garantías de la prevención de riesgos laborales. Una medida, esta, que ejerce un efecto persuasivo sobre los empleadores, que conocen perfectamente la existencia del recargo y sus consecuencias.

El art. 164 LGSS contiene un específico *sistema sancionatorio complejo* que refleja el carácter híbrido de la institución (represión/reparación). El objetivo de esta disposición es doble visto desde el punto de vista de la retribución (con efecto psicológico preventivo en el agente) y de la reparación. Doble presencia, en serie, de los elementos, punitivo y resarcitorio. La medida sancionadora especial de recargo es un expediente para la conservación del sistema normativo de prevención de riesgos profesionales y, al mismo tiempo, de *limitada* reparación de las consecuencias lesivas de su actualización provocada por falta de medidas de seguridad y salud laborales.

<sup>12</sup> BOE de 24 de marzo de 2017.

<sup>13</sup> Como es conocido, en el año 2010 se puso en marcha, mediante el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, un sistema de incentivos en materia de Seguridad Social dirigido a «premiar» a aquellas empresas que, cumpliendo con los requisitos establecidos al efecto, se caracterizaran por su contribución eficaz y constatable a la reducción de la siniestralidad laboral y por el desarrollo de actuaciones objetivas y eficaces en materia preventiva. Este sistema, previsto expresamente en los artículos 97.2 y 146.3 de la LGSS, y que ha venido utilizándose desde entonces, si bien se considera un instrumento eficaz para la disminución de la siniestralidad, adolecería de defectos merecedores de corrección. Por este motivo, en la Ley 35/2014, de reforma de las mutuas [disp. adic. cuarta, b)], se instaba al Gobierno a que, en el plazo de un año, procediera a modificar el RD de 2010 con dos objetivos: (1) agilizar y simplificar el proceso de solicitud, reconocimiento y abono del incentivo, y (2) implantar un sistema objetivo centrado en el comportamiento de la siniestralidad.

Transcurrido un plazo mayor al inicialmente previsto, la sustancialidad de los cambios proyectados han hecho que la reforma no se traduzca en una modificación del RD 404/2010 (que resulta derogado) sino en la aprobación de un nuevo Real Decreto, el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, que, pese a su título, no conforma una regulación “*ex novo*” del sistema de incentivos hasta ahora vigente, pero sí una modificación del mismo.

<sup>14</sup> Cfr. Reténgase las previsiones explícitas contenidas en el art. 146, apartados 2 y 3 (“Cotización por accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales”) del TRLGSS/2015.

<sup>15</sup> Al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “El Derecho de la Prevención: Un análisis del modelo organizativo preventivo español”, en *RTSS. CEF*, núm. 395 (2016), págs. 17 y sigs., en particular pág. 33.

El resultado práctico (atendiendo a la configuración de la figura en el Derecho positivo), acontecido el siniestro laboral, es la imposición de una sanción compleja unitaria, próxima a una indemnización punitiva (aumento punitivo-reparador de las prestaciones públicas ordinarias) que, por hipótesis, *deja todavía expedita la distinta vía para obtener una reparación “integral” de todos los perjuicios efectivamente producidos*, atendiendo, pues, a la fijación de una indemnización cifrada en función de los daños realmente causados. Se trata de la concurrencia y complementación de diversos sistemas de responsabilidad empresarial y no de la sustitución de los mismos, por satisfacer distintos bienes jurídicos e intereses legítimos. La fijación del resarcimiento integral por el Juez civil debe tener en cuenta, en su caso, el porcentaje del recargo vía art.164 LGSS (que tiene también un componente indemnizatorio; “indemnización sancionadora”) para “moderar” el *quantum* de la indemnización civil, procurando así una equitativa racionalización de los distintos medios de tutela indemnizatoria. Debe recordarse que el daño ocasionado por un accidente de trabajo puede dar origen a distintos mecanismos de reparación, generando las correspondientes obligaciones para sujetos también diversos (STS 22 mayo 1994, RJ 1994, 4296). La jurisprudencia más reciente parece inclinarse por mantener el carácter eminentemente sancionador del recargo de prestaciones (cfr. SSTs 2 octubre 2000, RJ 9673; 14 febrero 2001, RJ 2521; 9 octubre 2001, RJ, 9595, y 22 octubre 2002, ref.526/2002). No siéndole de aplicación la regla general relativa al carácter asegurable de los riesgos derivados del trabajo contenida en el art.15.5 de la LPRL, al estar plenamente vigente la prohibición establecida en el art.164. 2 LGSS, la cual es coherente (en el sistema normativo interno a la figura) con la función esencialmente preventiva del recargo de prestaciones. Por lo demás, ninguna explicación ha resultado convincente para eludir las consecuencias “antipreventivas” que tendría una monetización de la institución derivada de una posible admisibilidad de aseguramiento. En última instancia tras esta posición doctrinal se oculta la intención realmente (y ya expresada...) de suprimir el recargo de prestaciones como institución jurídica dotada de especificidad dentro del sistema normativo de la prevención de riesgos profesionales.

Se ha producido con la LRJS (art. 2.e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) una deseable unificación jurisdiccional no sólo de la reparación “mejorada” (en la que se traduce virtualmente el recargo, en cuanto aumento de las prestaciones públicas de Seguridad Social), sino también de la eventual reparación “integral” de los daños efectivamente producidos (compensación por los daños causados por acto ilícito; y la contractual ex arts.1902 y 1903 Código civil) más allá o con independencia de la “mejora sancionadora” y “reparadora” de las prestaciones que procura la sanción indemnizatoria de recargo (véase, paradigmáticamente, STS de 4 de mayo de 2015, rcud, 1281/2014), por un lado, y, por otro, la exigencia de una racionalización, a través de una más coherente articulación *legal* de los distintos ámbitos de responsabilidad en respuesta a la violación de las normas de seguridad y salud laborales. Debe tenerse en cuenta que el art.164 LGSS, permite exclusivamente un resarcimiento tasado de los perjuicios producidos por el siniestro laboral (Por cierto, se podría flexibilizar *lege ferenda* el margen del porcentaje. V.gr., del 15% al 50%, para dar más flexibilidad a los supuestos analizados. Flexibilidad útil, por ejemplo, en caso de “concurrencia de culpas”, como se viene haciendo ya con el margen del 30%). De ahí, entre otras cosas, la previsión legal de que la responsabilidad del recargo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción cometida (SSTC 158/1985, 26 noviembre; RTC 1985,158; 143/2000, 29 mayo, RTC 2000,143). El resarcimiento pleno o integral del perjuicio sufrido puede producirse en el marco normativo en vigor por la utilización de diversas vías de tutela, sin que, lógicamente, la indemnización pueda ser

superior al daño o perjuicio acreditado. De lo contrario habría “enriquecimiento injusto”. Es, sin duda, un elemento altamente positivo la sustanciación de estas cuestiones litigiosas a través de su tratamiento unificado en el orden social de la Jurisdicción.

Por otra parte, hay que tener presente que la prohibición legal de aseguramiento contra las consecuencias en su propio patrimonio de la medida de recargo se inscribe en la *ratio* normativa de incrementar los esfuerzos de prevención, incitando al empresario al cumplimiento máximo de las medidas de seguridad en el trabajo y, en general, de su deber objetivo de cuidado respecto a la protección de la vida e integridad física del personal dependiente a su servicio. Esta prohibición legal -que acentúa el deber de seguridad y protección del empresario- debe ser mantenida en sus propios términos, por su efecto “disuasorio” del incumplimiento de medidas de seguridad y salud laborales que pueden ser causa de los más graves resultados lesivos para los trabajadores. Cuestión distinta es la de una eventual admisibilidad jurídica de que el empleador pueda “asegurarse” frente a las consecuencias patrimoniales desfavorables derivadas de la responsabilidad de Derecho común (que no tiene un carácter punitivo o estrictamente sancionatorio; ni necesariamente una típica finalidad preventiva) por resarcimiento “integral” de los daños causados al trabajador o a sus causahabientes, por la vía, básicamente, de los arts.1902 y 1903 C.c.; la cual, como se sabe, puede, como regla, ser objeto de seguro. Hay que modificar el art.16 de la OM. de 18 de enero de 1996 e incorporar una nueva regla en el art. 164 LGSS para ampliarse -como opción preferible- el ámbito de aplicación de la cobertura del FOGASA (art.33 ET), como aseguramiento público subsidiario en caso de insolvencia empresarial. Ciertamente, el problema de la responsabilidad empresarial quedaría en gran medida resuelto atribuyendo a la institución pública del FOGASA también este ámbito responsabilidad, o creando una institución pública *ad hoc* financiada por los empresarios que cubriera ese ámbito de responsabilidad.

Finalmente, si bien es importante la *función* represivo-preventiva y reparadora que realiza el art.164 LGSS, parece pertinente poner de manifiesto que este tipo de medidas (pensadas para atender a situaciones de patología o de anormalidad derivada de la violación de deberes jurídicos) son insuficientes por sí mismas para incrementar los esfuerzos de prevención. La finalidad del recargo en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestralidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales. Se pretende, pues, impulsar coactivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente (cfr.STS 2 octubre 2000, RJ 2000, Ar.9673, f.º. 5º). El recargo surge de una especial responsabilidad por culpa (cuasi-objetiva) del empresario. Sería necesario el establecimiento de otras medidas complementarias de garantía, más reforzadas que las actualmente vigentes, contra los riesgos profesionales dirigidas a *evitar* la consumación de los mismos, especialmente por lo que atiende a los nuevos factores de riesgo originados en buena parte por los vertiginosos cambios tecnológicos y organizativos del sistema productivo y por la puesta en práctica de políticas de flexibilidad laboral. En otras palabras: sería necesario mediar el conflicto reforzando la eficacia del sistema normativo en línea de prevención, sin suprimir las medidas represivas, y los mecanismos de tutela indemnizatoria en respuesta a los comportamientos desviantes. Las medidas represivas no pueden tener un carácter sustitutivo, sino de reforzamiento de las obligaciones de prevención y seguridad laboral. Con todo, no parecen aceptables las propuestas doctrinales que tratan de justificar la

supresión del recargo de prestaciones, a pesar de reconocer las aporías que el régimen jurídico concreto actual puede plantear en algún caso; de ser así se estaría ante un paso más en la dirección contraria a la política del Derecho Social encaminada al reforzamiento de la prevención de los riesgos profesionales.

Hay que realizar una reforma racionalizadora (formal y material), detectar qué es lo que falta, y reorganizar esta figura jurídica. Abogar por su supresión como institución jurídica específica no parece que sea razonable. Se neutralizaría sus virtualidades positivas en su doble dimensión retributiva y reparadora, esto es, (a) su carácter preventivo (intimidatorio) y persuasivo; y (b) la garantía inmediata, cierta, segura, de una compensación económica del perjuicio (que no prejuzga el resarcimiento integral del daño, porque el resarcimiento integral es ya posible). Pero tampoco resulta aceptable, en el plano de la política del Derecho de la prevención, postular su conversión en una indemnización civil, que se solaparía con la posibilidad indemnizatoria general de Derecho civil y con la función típicamente indemnizatoria (indemnización legalmente garantizada y tasada) que ya ostentan las prestaciones de Seguridad Social, por un lado, y por otro, porque sencillamente desaparecería la finalidad preventivo-disuasoria del recargo, porque de consagrarse su naturaleza indemnizatoria estricta se tendría que convenir, entre otras consecuencias, en admitir –en coherencia lógico jurídica- el aseguramiento privado con la consiguiente “dispersión” del riesgo. La conversión de una pura “indemnización civil”, acabaría suponiendo al tiempo la absorción/difuminación del recargo en la responsabilidad civil de resarcimiento de daños<sup>16</sup>. De este modo, la supresión o conversión en indemnización civil se realizaría a cambio de una contrapartida razonable en términos de *garantismo jurídico* y no sólo de “costes de transacción” en el coste de los accidentes.

En definitiva: la medida de recargo de prestaciones sociales en su régimen jurídico vigente tiene una típica naturaleza compleja y en su calidad de institución preventiva no debería ser sustituida/suprimida, ni tampoco reconfigurada en indemnización civil estricta. Lo que es preciso es mantenerla como reforzamiento de las obligaciones de prevención y salud laboral, realizando sólo los necesarios *ajustes* normativos racionalizadores pertinentes. Y es preciso realzar que la institución jurídica del recargo de prestaciones *es una pieza fundamental de un modelo preventivo y reparador* de los riesgos profesionales integrado fundamentalmente por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y la el RD.-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. De tal manera que todo cambio o reconfiguración técnica del modelo incidirá en el resto del “puzle” que conforma el modelo normativo de regulación.

---

<sup>16</sup> Dilución que ya fue criticada respecto al Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales” – presentado al Consejo de Estado en marzo de 1992-, que pretendía configurar el recargo como una “indemnización de carácter especial”. En este sentido, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Civitas, 1992, Capítulo V (“El recargo en el ‘Anteproyecto de Ley de Prevención de riesgos laborales’”), págs.113-123.





# **DEBATES SOBRE TELETRABAJO Y VULNERABILIDAD: GÉNERO Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

IGNASI AREAL CALAMA

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad Pompeu Fabra

## SUMARIO:

1. EL TELETRABAJO COMO NUEVA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LOS SISTEMAS PRODUCTIVOS CON IMPACTO EN GÉNERO
2. UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE TELETRABAJO DESDE UNA METODOLOGÍA TRANSVERSAL
3. LA REGULACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL TRABAJO A DISTANCIA Y SU INCIDENCIA EN LA GENERACIÓN DE SITUACIONES DE VULNERABILIDAD
4. CONSIDERACIONES FINALES

## 1. EL TELETRABAJO COMO NUEVA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LOS SISTEMAS PRODUCTIVOS CON IMPACTO EN GÉNERO

El punto de partida de este análisis viene marcado por la exigencia de perfilar las diferencias entre trabajo a domicilio, trabajo a distancia y teletrabajo y en segundo lugar por la imperatividad que una lectura transversal del teletrabajo se nos impone desde los derechos de igualdad y no discriminación.

El trabajo a domicilio, el trabajo a distancia y el teletrabajo son formas de trabajo en las que el elemento locativo es el diferenciador respecto a otros sistemas de organización del trabajo<sup>1</sup>. El trabajo a domicilio ha sido objeto de estudios clásicos dentro del Derecho del Trabajo<sup>2</sup> y su ordenación ha estado presente en el Estatuto de los Trabajadores desde el origen de esta norma con modificaciones recientes en la Ley del Trabajo a distancia<sup>3</sup>. En esta norma además se recoge, como derecho fundamental, el de Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación, art. 4 de la Ley, siendo el trabajador comparable el que realiza el trabajo de forma presencial<sup>4</sup>. Es el marco del trabajo a distancia desde el principio de transversalidad el que nos suscita una serie de aspectos que a continuación se van a desarrollar sobre teletrabajo.

El punto de partida es destacar que desde su configuración legal es ya posible visualizar el impacto en género que el trabajo a domicilio, como antecedente normativo de las formas descentralizadas de trabajo con componentes tecnológicos, presenta en sectores como el textil, el calzado o los juguetes, que hacía imprescindible un análisis transversal de la institución. La evolución de estas formas de organización empresarial se ha ido haciendo más compleja y dentro de la forma de organización de trabajo a distancia el teletrabajo definido por el fuerte componente tecnológico ha crecido como consecuencia de la pandemia.

Así en 2018<sup>5</sup>, Países Bajos, Finlandia y Luxemburgo fueron los países de la UE que contaban con más teletrabajadores en el último año disponible antes de la crisis sanitaria, con porcentajes del 14%, del 13,3% y del 11%, respectivamente, el triple que en España, que apenas alcanzaba el 4%. En 2020, era del 10%.

Un punto clave en el análisis es el que revela el Informe Teletrabajo y trabajo en movilidad en España y en la UE: el teletrabajo ha sido utilizado en mayor medida por las mujeres, manteniendo porcentajes en todos los trimestres 2,2 puntos por encima del de los hombres. Esta distancia entre mujeres y hombres es ligeramente mayor que en la media de la Unión Europea, que se sitúa en 1,7 puntos. Por tanto, junto con los elementos

<sup>1</sup> González Ortega, S. Las facultades de control a distancia del trabajador: geolocalizadores y tacógrafos, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, N° 150, 2019 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos), págs. 45-70.

<sup>2</sup> De la Villa, LE, *El trabajo a domicilio*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1966.

<sup>3</sup> Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021, Artículo 2. Definiciones: "se entenderá por: a) «Trabajo a distancia»: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular. b) «Teletrabajo»: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Ver el estudio reciente de Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo regulador, Aranzadi, 2021.

<sup>4</sup> El art. 4.1 de la Ley del Trabajo a distancia. Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional.

<sup>5</sup> La evolución del 'teletrabajo' en España, en gráficos (epdata.es)

diferenciales de países y sectores que se destacan en los Informes motivados por una combinación de factores: afinidad con la tecnología, infraestructuras tecnológicas, cultura empresarial, como se estructura la productividad y la flexibilidad para los trabajadores por conciliación, la prueba estadística demuestra que el impacto en género es evidente. En este sentido la elaboración de la prueba estadística por el Tribunal Constitucional con ocasión del contrato a tiempo parcial se ha destacar aquí para el teletrabajo<sup>6</sup> ya que constituye un gran avance en la juridificación de la brecha en género para convertirla en un indicador de discriminación indirecta. El impacto de la prueba estadística es un paso de gigante a la hora de avanzar en las diferencias entra hombres y mujeres que se sitúan dentro de las discriminaciones sistémicas.<sup>7</sup>

El principio de igualdad y no discriminación se destaca ya desde la elaboración del Acuerdo Marco sobre teletrabajo de 16 de julio del 2002 junto con la voluntariedad, así se consagra que los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales de la empresa.

En esta línea, el art. 4 de la Ley del trabajo a distancia establece, recogiendo y desarrollando lo establecido en el Acuerdo Marco el principio de igualdad y no discriminación y que no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional. Haciendo referencia expresa a la remuneración, tanto salario base como complementos salariales, tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo. Se prohíbe cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, edad, antigüedad o grupo profesional o discapacidad, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, asegurando la igualdad de trato y la prestación de apoyos, y realizando los ajustes razonables que resulten procedentes. Debiendo tener en cuenta las especiales características en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral. De forma específica se hace referencia a los derechos de estos trabajadores en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, art. 34.8 de la Ley Se configura el Plan de Igualdad como un instrumento de igualdad y no discriminación de estos trabajadores.

Hay que atender de manera integrada a toda la normativa sobre igualdad y no discriminación, esto es a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>8</sup> y la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación<sup>9</sup>, que recoge en su artículo 2 el ámbito de aplicación “ el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Toda esta normativa se debe de integrar

<sup>6</sup> Sobre contrato a tiempo parcial y el derecho de igualdad y no discriminación ver Ballester, A. Género, trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social en Género @derechos sociales, coord. Julia López López, edit. Bomarzo, 2019.

<sup>7</sup> López López, J. Systemic discrimination y políticas de igualdad efectiva de género” a *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2019; 133-148

<sup>8</sup> BOE» núm. 71, de 23/03/2007.

<sup>9</sup> «BOE» núm. 167, de 13/07/2022.

conjuntamente también en el caso de los teletrabajadores que presentan una clara prueba estadística de impacto en género y que son básicas para eliminar no solo la discriminación sino también las brechas diferenciales en el objetivo de alcanzar una igualdad efectiva.

## **2. UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE TELETRABAJO DESDE UNA METODOLOGÍA TRANSVERSAL**

### **2.1. Sobre la aplicación del art. 34.8ET en materia de conciliación en el trabajo a distancia**

Los Tribunales han ido resolviendo el mecanismo de conciliación de la vida familiar y laboral con pronunciamientos diferentes en la aplicación del ar. 34.8ET. Así la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2020, que desestima la petición de un trabajador de teletrabajo de un empleado que apelaba al art. 34.8 del ET (solicitud de adaptación de la jornada). Razona el TSJ que en este caso, en los hechos probados no consta dato alguno que permita valorar en qué sentido la solicitud planteada por el trabajador afecta a la conciliación familiar al no indicarse circunstancia familiar alguna ni si el trabajador tiene hijos menores de doce años, o residencia en otra localidad, «difícilmente se puede considerar vulnerado un artículo dirigido a la posibilitar la conciliación de la vida laboral y familiar cuando no consta en hechos probados dato alguno de la vida familiar del recurrente». En contraste, STSJ de Galicia, Rec. 3191/2020, de 5 de febrero de 2021<sup>10</sup>, ratifica la concesión de teletrabajo de una trabajadora (Directora de una residencia) que solicitó poder acogerse a teletrabajo varios días a la semana. Además, indemnización por daños morales. El TSJ ratifica la concesión de teletrabajo por el 60% de la jornada, y el 40% restante de la jornada completa, mediante asistencia al centro de trabajo dos días a la semana durante 8 horas, su horario habitual, hasta que el hijo menor tenga 12 años. Se impone además a la empresa el pago de la cantidad de 3.500 euros por daño moral. Ratificando la concesión de teletrabajo varios días a la semana, apelando al art. Art. 34.8 ET en cuanto impone a la empresa un deber de negociación, y la empresa, tal como se declara probado, omitió este trámite deliberada y caprichosamente.

Por tanto, estamos delante de una vía de conciliación de vida familiar y laboral con claro impacto en género que no solo exige el análisis correcto de mecanismo de implementación establecido en la norma sino además, la diferencia estadística que avala el mayor impacto en género.

### **2.2. Sobre los tickets comida como prestación extrasalarial y su impacto en género. La discriminación prohibida incluye todos los elementos que configuran la remuneración**

Hay numerosas sentencias de la Audiencia Nacional, sobre tickets comida y el derecho de los trabajadores en teletrabajo o trabajo a distancia para su percibo.

La SAN 3818/2021<sup>11</sup> que conecta con igualdad y no discriminación en su evolución con la doctrina del TEDH y el TCo para declarar la nulidad de la decisión de modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo, llevada a cabo por la empresa, por violación

<sup>10</sup> ECLI: ES: TSJGAL: 2021: 1056.

<sup>11</sup> ECLI 2021/ 3818.

de derechos fundamentales de libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, condenando a la empresa a reponer a los afectados en sus anteriores condiciones de jornada y entrega de tickets de comida. Aquí se trataba de una modificación de convenio colectivo y por ello se considera que no se puede suprimir. El debate en nuestra opinión es sobre los pronunciamientos que al considerar que no hay modificación del convenio y tratarse el plus como una partida extrasalarial no reconocen el derecho a los trabajadores a esta partida. La prohibición de discriminación en la normativa sobre igualdad que ya se ha mencionado recoge el termino remuneración –que incluye las partidas extrasalariales- y un análisis transversal nos recuerda que el impacto en genero aquí implica una reducción que afecta más a las mujeres y por tanto para resolver si existe o no este derecho se ha de contemplar esta perspectiva de derechos fundamentales.

### **2.3. Registro de jornada y tiempos de descanso. Prueba estadística e impacto en edad**

Otras condiciones de trabajo de los teletrabajadores que reclaman una visión transversal afectan al tiempo de trabajo. Respecto de tiempos de trabajo, la SAN 1132/2022<sup>12</sup>, tacha de nulidad la excepción genérica en favor de la obligación de estar conectados digitalmente en las que se denominan circunstancias de urgencia justificada que se identifican como aquellas *situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador*.

La SAN 104/2021, de 10 de mayo del 2021, ECLI 2021/1855 sobre caída del suministro, registro de jornada e interrupciones es muy interesante para nuestro debate en materia de teletrabajo e impacto en igualdad, en cuanto a prueba estadística, brecha diferencial y discriminación. El sindicato demandante alega el derecho del personal que presta servicios para la demandada al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center. Así se mantiene que el trabajador está en todo momento conectado telefónica y digitalmente-, el no permitir registrar pausas vulnera la dignidad del trabajador, que no es otra cosa que el derecho que tiene a ser tratado como una persona en todo momento, resulta contrario a la protección de salud, y, aun cuando no se haya alegado esta Sala a mayor abundamiento y “obiter dictae” considera que puede constituir una discriminación indirecta por razón de edad proscrita por el art. 17.1 del E.T pues resulta indiscutible que esta práctica, aparentemente neutra, implica en la práctica un trato peyorativo a los trabajadores de más edad respecto de los más jóvenes y que la empresa compute el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo y el derecho del personal que presta servicios para la demandada al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center. Por tanto, se utiliza la prueba estadística de impacto y brecha de edad para configurar una discriminación indirecta.

Importante jurisprudencia también del Tribunal Supremo y las bolsas de horas que se forman por la emergencia COVID-19 y cómo las empresas pueden hacer uso de su recuperación. Aquí la jurisprudencia <sup>13</sup>declaran que las modificaciones operadas por

<sup>12</sup> ECLI 2022/ 1132.

<sup>13</sup> Entre otras las SSTS 518/2021, 12 mayo 2021 (RJ 2021, 3105) (Rec.. 164/2020); 794/2021, 15 julio 2021 (RJ 2021, 3745) (Rec. 74/2021); 1043/2021, 20 octubre 2021 (RJ 2021, 4685) (Rec. 128/2021); y 1297/2021, 16 diciembre 2021 (JUR 2022, 93644) (Rec. 197/2021),

las empresas tienen su origen en mandato normativo derivados del estado de alarma producido por la COVID-19, sin que constituyan una modificación sustancial. El análisis de esta doctrina judicial no se puede hacer solo desde la regulación de la distribución del tiempo de trabajo y tiempo de descanso y las posibilidades empresariales de distribución irregular, se ha plantear como unas prácticas empresariales que exigen contemplar el impacto en género.

### 3. LA REGULACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL TRABAJO A DISTANCIA Y SU INCIDENCIA EN LA GENERACIÓN DE SITUACIONES DE VULNERABILIDAD

La regulación del trabajo a distancia no sólo debe adecuarse al derecho social comunitario y a la normativa de la OIT en materia de seguridad y salud en el trabajo aplicable al mismo<sup>14</sup>, sino también a los derechos y principios constitucionales que fundamentan el mandato dirigido a los poderes públicos de velar por la “seguridad e higiene en el trabajo” (Art. 40.2 CE) como manifestación de la cláusula de Estado Social del Art 1.1 CE, la dignidad personal (Art 1 CE) y traslación al ámbito de las relaciones de trabajo del derecho a la salud de la ciudadanía (Art 43.1 CE) por la necesidad de otorgarle una mayor protección en el contexto laboral, al quedar sometida a una situación de riesgo que no crea, que no puede controlar y que es superior a la que está expuesta en otros contextos. Dicho marco constitucional debe completarse tal como recuerdan las SSTC 62/2007, de 27 de marzo y STC 160/2007, de 2 de julio, teniendo en cuenta que el derecho a que no se perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho fundamental a la integridad personal del Art 15 CE (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), pero que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración de dicho derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para ésta (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Con relación al anterior marco de referencia constitucional, la noción de salud del Art. 43.1 CE que delimita el alcance material del Art 40.2 CE se identifica no sólo como mera ausencia de enfermedades sino también como bienestar físico, psíquico y social de la persona<sup>15</sup> tanto des de una vertiente individual como colectiva. Hablar de la salud en términos de bienestar y no de mera ausencia de enfermedad o afecciones, señala la dirección del camino a recorrer, que se proyecta en todos los contextos en los que se desarrolle la persona, entre ellos, el de las relaciones de trabajo y por tanto también sobre el trabajo a distancia. Es igualmente una noción en constante evolución. El trabajo a distancia en determinadas circunstancias puede ser un ejemplo de ello como punto de convergencia para el cumplimiento de diversos principios dirigidos a la protección de la salud de la ciudadanía<sup>16</sup>. Se trata de aquellos supuestos en los que el trabajo a distancia se convierte en una *medida preventiva* en origen frente a un riesgo laboral<sup>17</sup> -como

<sup>14</sup> En especial el Convenio 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores; y a nivel comunitario, la Directiva del Consejo 391/89/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

<sup>15</sup> En línea con el Preámbulo del Acta de constitución de la OMS de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 y que entró en vigor en 1948.

<sup>16</sup> Los diversos derechos y principios orientados a la consecución de una efectiva y global tutela de salud de la ciudadanía deben ponerse en relación a su vez con el concepto de protección social como marco integrador de tales actuaciones. López López, J, “Protección social” en *Salud Laboral*, AAVV, Masson, Barcelona, 1997, pág. 26.

<sup>17</sup> Sobre las diversas manifestaciones del principio de prevención en origen, Ojeda Avilés, A., Ramón Alarcón, M.R, Rodríguez Ramos, M<sup>J</sup>, *La prevención de riesgos laborales. Aspectos Clave de la ley 31/1995*, Aranzadi, 1996, pág. 114.

medida de adaptación del trabajo a la persona en función de sus circunstancias personales o biológicas o como medida para evitar los riesgos de accidente in itinere- siendo al mismo tiempo una *medida medioambiental* derivada del Art. 45 CE, por cuanto reduce los desplazamientos y con ello las emisiones de gases contaminantes quedando alineado con el cumplimiento de la meta 8.5 de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de Naciones Unidas<sup>18</sup>. Este marco de referencia constitucional fundamenta el derecho de la persona trabajadora a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo reconocido en el Art 14 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

Partiendo igualmente del marco constitucional de referencia, pese a que la Ley de Trabajo a Distancia no haya situado a la salud laboral (o prevención de riesgos) de forma expresa en su Art.4 dedicado a la Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación en relación con el personal que efectúe su prestación de forma presencial -tal como sí hace con otras condiciones de trabajo como la retribución- en el preámbulo de dicha ley sí se menciona de forma expresa la necesaria conexión entre el principio de igualdad de trato y la prevención de riesgos laborales respecto a quien trabaje a distancia<sup>19</sup>. Al respecto y desde el principio de igualdad y no discriminación pueden apuntarse desigualdades en salud laboral respecto a quien preste su trabajo a distancia en comparación a las personas trabajadoras que realicen su trabajo de forma presencial en el centro de trabajo, que llevan a una situación de mayor vulnerabilidad de las primeras por las siguientes circunstancias:

### **3.1. Desigualdades en salud laboral motivadas por las características del trabajo a distancia y los riesgos laborales derivados de las mismas**

Las exposiciones desfavorables sobre la salud que derivan del trabajo a distancia se centran de forma específica, aunque no exclusiva, en los riesgos psicosociales, que afectan al bienestar físico, psíquico y social de la persona que trabaje a distancia. La propia Ley de Trabajo a Distancia exige una especial atención a los “factores psicosociales”, “organizativos” y los “derivados del entorno”. Los riesgos psicosociales son características de las condiciones de trabajo del trabajo a distancia y especialmente de su organización (Arts. 4.7.d y 15.d LPRL) que se sitúan en el origen de la afectación de la salud de la persona que trabaja a distancia a través de mecanismos psicológicos y fisiológicos identificables con el estrés. La amplia tipología de trastornos de la salud asociados al estrés va desde los situados en la esfera psicosocial a corto plazo (ansiedad, depresión, trastornos psicósomáticos) hasta los de la esfera biológica a más largo plazo (infartos, úlceras de estómago, dolencias musculoesqueléticas) y afectaciones a los sistemas cardiovascular, respiratorio, gastrointestinal, inmunitario, endocrinológico y muscular y a la salud mental<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Respecto a la relación del trabajo a distancia con los diversos objetivos de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible aprobada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, cabe citar por ejemplo el “ODS 13 “acción por el clima”, por la reducción de las emisiones de gases contaminantes derivados de la reducción de desplazamientos a la que contribuye el trabajo a distancia. Sobre la relación del trabajo a distancia con otros ODS puede consultarse, Millán, Silvana, “Teletrabajo en la agenda de los objetivos de desarrollo sostenible” en *La tecnología y los objetivos de desarrollo sostenible* (Coord. Rosa Pérez Martell) Bosch Editor, Universidad de La Plata, Argentina, 2020, págs. 171 a 184.

<sup>19</sup> La Exposición de motivos de la Ley de Trabajo a distancia si se relaciona el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales aludiendo entre otras condiciones de trabajo a los tiempo máximos de trabajo, los tiempos mínimos de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización y los riesgos de aislamiento.

<sup>20</sup> Sobre tales trastornos en la salud, Nota Técnica de Prevención 703 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo: El método COPSOQ (ISTAS PSQCAT21) de evaluación de riesgos laborales.



Acudiendo al método de evaluación de riesgos psicosociales “CoPsoQ PSQCAT v2”<sup>21</sup>, -entendible como una metodología que ofrece confianza respecto a sus resultados (Art. 16.2 Ley de Trabajo a Distancia)- entre las características de las condiciones de trabajo y su organización que comportan una exposición desfavorable de cara a la salud psíquica y física de la persona que trabaja a distancia, con mayor o menor intensidad en función de las condiciones y el contexto en el que se desarrolle, destacan de forma especial las siguientes dimensiones del riesgo psicosocial en comparación al trabajo presencial: a) La falta de relación social por la falta de relación formal o informal con el resto de personal del centro de trabajo y la falta de apoyo por parte dicho personal y de las direcciones, que lleva al aislamiento, especialmente cuando no se combina el trabajo a distancia con el presencial a través de formas híbridas; b) La falta de contacto con el resto de personal que lleva a la pérdida del sentimiento de formar parte de un grupo con el que se trabaja todos los días; c) Las dificultades de comunicación y de gestión de equipos que conllevan una falta de previsibilidad de la información adecuada y suficiente para realizar correctamente el trabajo y adaptarse a los cambios; d) La falta de un conocimiento concreto sobre las tareas a realizar, objetivos a alcanzar, recursos y responsabilidades, que supone otra exposición desfavorable para la salud concretada en la falta de claridad de rol, especialmente cuando no existen planes de trabajo con indicadores claros y una buena comunicación y sistemas de seguimiento del trabajo<sup>22</sup>; e) Las dificultades para una gestión de equipos y comunicación que llevan a una baja calidad de liderazgo; f) Las altas exigencias psicológicas del trabajo a nivel cuantitativo y cualitativo por la necesidad de trabajar de forma constante y con un ritmo de trabajo inadecuado, con un volumen de trabajo que supera el tiempo disponible; g) Desde una perspectiva de género, la afectación a la salud derivada de las desigualdades y discriminaciones que implique el recurso al trabajo a distancia como un sistema de perpetuación de los roles de cuidado familiar asignados socialmente a la mujer<sup>23</sup> o las manifestaciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo, el acoso por causa discriminatoria a través de formas como el “ciberacoso”- y la violencia de género que puede encontrar en el trabajo a distancia un espacio de mayor puesta en riesgo de la mujer.

En el marco de la evolución de la noción tradicional del entorno de trabajo y su relación con la transición digital<sup>24</sup>, el teletrabajo, como tipo de trabajo a distancia caracterizado por el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, conlleva las anteriores exposiciones desfavorables a la salud<sup>25</sup>, pero con un perfil propio que agrava la exposición a las altas exigencias psicológicas del trabajo a nivel cuantitativo y cualitativo, motivada por el uso de una amplia variedad de nuevas tecnologías (teléfonos móviles, ordenadores, etc.) y sistemas de comunicación (correos electrónicos, sistemas de mensajería instantánea, chats, video conexión, redes sociales, etc.) que pueden llegar a someter a la persona trabajadora a la necesidad de una

<sup>21</sup> Método derivado del desarrollado por el *National Research Centre for the working Environment* de Dinamarca para la evaluación de riesgos psicosociales.

<sup>22</sup> Tal como han advertido la OMS y la OIT, una mala planificación del teletrabajo tiene consecuencias físicas y mentales negativas. *Healthy and safe telework, Technical brief, Geneva, OMS-OIT, 2021.*

<sup>23</sup> Para el caso del teletrabajo, la mayoría de estudios concluyen que la conciliación entre vida laboral y familiar que se suele atribuir al teletrabajo resulta difícil de alcanzar debido que los trabajo de cuidado del hogar y la familia suelen recaer sobre ellas, provocando que un mismo espacio – el hogar- se concentren dos actividades que demandan atención y esfuerzo, entremezclando las esferas laboral y familiar y dificultando su separación, tal como indica la doctrina en Sánchez Toledo Ledesma, A.M, “Los efectos del teletrabajo sobre el bienestar de los trabajadores” *Rev. Asoc. Española Medicina del Trabajo*, vol. 30, junio 2021, pág. 247.

<sup>24</sup> Líneas ambas prioritarias del Marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027.

<sup>25</sup> Puede verse al respecto la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098 (INI))

conectividad digital permanente con la empresa y a una sujeción y disponibilidad constatare a sus requerimientos, incluso en los tiempos de descanso. Esta situación origina un nivel cualificado de estrés denominado “tecnoestrés”<sup>26</sup> entendido como una falta de adaptación por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías de forma saludable, que en este caso afecta al bienestar físico, psíquico y social de la persona que “teletrabaja” con las manifestaciones propias del estrés, acompañadas en algunas ocasiones del síndrome visual del ordenador<sup>27</sup>, fatiga muscular o física con cervicalgias, dorsalgias y lumbalgias, trastornos musculoesqueléticos, fatiga mental, alteraciones de los ciclos del sueño por el efecto de la luz de los dispositivos electrónicos sobre la segregación de serotonina. Igualmente esta extensión de la jornada derivada de la conectividad permanente incluso más allá del tiempo de trabajo debe conectarse con los estudios concluyen que trabajar 55 horas o más a la semana aumenta el riesgo de presentar un accidente cerebrovascular y un 17% el riesgo de fallecer a causa de una cardiopatía isquémica con respecto a una jornada laboral de 35 a 40 horas semanales<sup>28</sup> circunstancia que se agravaría por el sedentarismo propio del teletrabajo.

Frente a esta multiplicidad de factores de riesgo psicosocial, la Ley de Trabajo a Distancia tan sólo se centra especialmente en medidas preventivas respecto a las altas exigencias psicológicas a nivel cuantitativo y cualitativo, especialmente respecto al teletrabajo, aunque aparezcan como disposiciones aplicables en algún caso al trabajo a distancia en general. Con relación al trabajo a distancia: el Art 16 establece la necesidad de tener en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos durante la jornada y desconexiones durante la jornada; el Art, 13 establece la posibilidad de flexibilizar el horario o el Art 14 respecto al registro horario. Respecto al teletrabajo el art. 18 viene dedicado al derecho a la desconexión digital fuera del tiempo del trabajo. A ello debería añadirse respecto al teletrabajo las disposiciones contenidas en el RD 488/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo con equipos que puedan incluir pantallas de visualización, pues recogen medidas preventivas para estos riesgos psicosociales. No obstante, el llamamiento expreso a la negociación colectiva efectuado desde el Art. 18 para que pueda establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso, puede llevar a resultados muy dispares y a un diverso grado de protección de la salud<sup>29</sup>.

Por otra parte, las exposiciones desfavorables a la salud que tienen su origen en los factores ergonómicos y de accesibilidad del entorno efectivo de trabajo mencionados en

---

<sup>26</sup> Nota Técnica de Prevención 730 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. El tecnoestrés a su vez presenta diversas manifestaciones: a) La angustia tecnológica o “tecno ansiedad” referida a la tensión y malestar en función de si la persona se siente capacitada o no para el uso presente o futuro de las TIC, que pueden llegar a la tecnofobia; b) La fatiga informática o “tecno fatiga”, referida al cansamiento y agotamiento mental i cognitivo derivado del uso constante i continuado de las TIC, que incluiría como manifestación la “fatiga informativa” o sobreinformación derivada del exceso de información derivado del uso de las TIC (redes sociales, internet, etc.); c) La “tecno adicción” o necesidad compulsiva de tener que estar constantemente pendiente del soporte digital i perder la capacidad consciente de parar este proceso..

<sup>27</sup> Respecto a un caso de desprendimiento de retina por uso prolongado de pantallas de visualización, STS 21 de junio 2018 (Rec 3144/2016).

<sup>28</sup> Un estudio concluye que trabajar 55 horas o más a la semana aumenta el riesgo de presentar un accidente cerebrovascular y un 17% el riesgo de fallecer a causa de una cardiopatía isquémica con respecto a una jornada laboral de 35 a 40 horas semanales, en *Global, regional and national burdens of ischemic heart disease and stroke attributable to exposure to long working hours for 194 countries. 2000-2016: A systematic analysis from the WHO/ILO joint Estimates of the week-related Burden of Disease and Injury*, Environment International, Volume 154, September. 2021.

<sup>29</sup> Sobre este punto es necesario recordar los compromisos del Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización del Trabajo de junio de 2020.

el Art 18 de la Ley de Trabajo a Distancia, dependen de las características del domicilio de la persona trabajadora o del lugar elegido por esta (Art.2.a LTA) y en algunos casos pueden exponer al trabajador a distancia a una mayor exposición a los riesgos físicos, químicos y biológicos. Para el caso que se elija un lugar diverso al domicilio, que se corresponda con otro centro de trabajo es probable que las condiciones de ergonomía y el entorno no difieran excesivamente de las del centro de trabajo del empleador del trabajador a distancia, en todo caso, la aplicación a estos casos del Art. 24 de LPRL sobre coordinación de actividades empresariales permite mayores posibilidades de actuación para evitar desigualdades en salud. Sin embargo, para el caso de que el lugar de trabajo elegido sea el domicilio, en función de las condiciones de actual parque inmobiliario respecto al número de personas por vivienda y disposición y metros cuadrados de la misma<sup>30</sup> un 41% de viviendas no serían aptas para el desempeño del trabajo a distancia conforme a la normativa preventiva recogida en el R.D 486/1997 de disposiciones mínima de seguridad y salud en los centros de trabajo y para el desempeño del teletrabajo conforme a la normativa preventiva recogida en el RD 488/1987 respecto a las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyan pantallas de visualización. El espacio reducido para trabajar puede implicar igualmente para el caso del teletrabajo que la exposición a campos electromagnéticos sea mayor por la proximidad de los equipos que los originan<sup>31</sup> en comparación al trabajador presencial, circunstancia que puede agravarse por un uso intensivo y prolongado de algunas de estas TIC.

A la misma conclusión se llegaría en orden a las condiciones ambientales de las viviendas (humedad, iluminación, temperatura, ruido, renovación del aire). Baste recordar que el 89% de las viviendas con menor superficie por persona supera el límite normativo de CO<sub>2</sub> previsto en las normas de edificación<sup>32</sup>. Este deficiente nivel de renovación del aire es una exposición desfavorable a la salud no sólo por favorecer una mayor proliferación y concentración de agentes biológicos, sino también por ser un factor que incrementa el riesgo químico para el caso del teletrabajo por cuanto en este se utilizan equipos de trabajo (impresoras, fotocopiadoras, ordenadores, y otros equipos electrónicos) que desprenden compuestos orgánicos volátiles (COV) como el tolueno o el benceno y semi volátiles (COSV) como los compuestos halogenados o organofosforados<sup>33</sup>. Estos compuestos que se pueden encontrar en el aire o en partículas de polvo depositadas aumentan su concentración y con ello la exposición continua y su bioacumulación, si dichos equipos están situados en un espacio reducido, con escasa renovación del aire, y próximos al trabajador, o si se manipulan respecto al cambio de algunos consumibles sin EPI's,

<sup>30</sup> Al valorar variables como el número de personas por vivienda y espacio en metros cuadrados de tales viviendas, la existencia o no de un espacio propio para el teletrabajo o compartido para otros usos, respecto a la población entre 20 y 64 años, un 41 % aproximadamente de las viviendas no reunirían un espacio adecuado para el trabajo a distancia, cifra que puede incrementarse en función de la CCAA o del distrito o zona de la ciudad en la que se encuentre la vivienda y respecto a la población más joven. Elaboración propia a partir de la Encuesta Continua de Hogares (ECH) 2020, Instituto Nacional de Estadística.

<sup>31</sup> En relación al RD 299/2016 sobre protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos y su relación con el Art 25 de la LRPL puede citarse la STSJ Madrid de 6 de julio de 2016 (Rec 227/2016) en relación a la alergia al "WIFI".

<sup>32</sup> Con relación a las condiciones relacionadas con la habitabilidad de las viviendas (aislamiento térmico y acústico, temperatura, humedad, iluminación, ventilación y posibilidades de renovación de aire) dada la antigüedad del parque de viviendas (5,5 millones de edificios tienen más de 50 años) la mayoría no se adecuaría al actual Código Técnico de Edificación de 2006, siendo por tanto menos saludables para realizar el trabajo a distancia en su interior. Tal como recoge un estudio relativo a la calidad del aire en viviendas, el 89% de las viviendas con menor superficie por persona supera el límite normativo de CO<sub>2</sub>. Estudios sobre la calidad del aire en viviendas, Consejo General de la Arquitectura Técnica de España- UPM, 2022.

<sup>33</sup> Nota Técnica 1085 Calidad del aire interior. Equipos de oficina: contaminantes químicos. INSHT-2017. Equipos y materiales de oficina: contaminantes químicos

circunstancia que no es tan frecuente para el caso del trabajador presencial. Respecto a los efectos sobre la salud de estos compuestos es necesario recordar que, al margen de diversas afecciones como dolores de cabeza, fatiga, rinitis, náuseas, irritaciones dérmicas, oculares y respiratorias) alguno está en la lista de agentes cancerígenos y tóxicos para la reproducción<sup>34</sup> y podrían llegar a superar los valores límite ambientales de exposiciones diarias o de corta duración<sup>35</sup>. Todo ello sin olvidar que alguno de tales compuestos son también disruptores endocrinos, que afectan a la salud de las trabajadoras.

### **3.2. Desigualdades en salud laboral motivadas por el ámbito de aplicación de la Ley de Trabajo a Distancia**

En cuanto su ámbito de aplicación, la exclusión del mismo, de todo trabajo a distancia que en un periodo de referencia de tres meses, no supere un mínimo del treinta por ciento de la jornada o el porcentaje equivalente en función de la duración del contrato de trabajo, deja fuera del mismo a las personas trabajadoras que realicen trabajo a distancia que no llegue a tales umbrales de jornada o de “regularidad”, salvo que se establezca un porcentaje o periodo de referencia inferiores, en virtud del llamamiento al negociación colectiva que efectúa la Disposición Adicional primera de la Ley del Trabajo a distancia. Con ello quedan por tanto también excluidas de los derechos de la Sección 4ª del Capítulo III que la Ley de Trabajo a Distancia dedicada a la protección en materia de prevención de riesgos laborales. Ello supone una desigualdad no justificada en materia de salud laboral en comparación con el personal laboral que realice su prestación de forma presencial o del que la realice a distancia, pero dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Trabajo a Distancia. Esta cuestión ha tenido un mejor cierre sistemático en la regulación del Art. 47 BIS del RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con una de las formas del trabajo a distancia - el teletrabajo – en las administraciones públicas, por cuanto no se subordina la consideración o no de trabajo a distancia a la superación de unos umbrales de jornada, evitando con ello un impacto adverso en materia de salud laboral.

### **3.3. Desigualdades en salud laboral que pueden derivarse de las modulaciones legales que introduce la Ley de Trabajo a Distancia en la evaluación de riesgos laborales**

El empresario para dar cumplimiento a su obligación de seguridad (Art 14 LPRL) debe implantar un plan de prevención de riesgos laborales, que cuenta como instrumentos esenciales para su gestión y aplicación con la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva (16.2 LPRL). Sobre estas obligaciones, la Ley del Trabajo a Distancia en su Art. 16 determina que deben evaluarse algunos de los riesgos laborales que ya se han descrito en apartado 3.1 del presente trabajo. La evaluación de dichos riesgos es una labor de carácter técnica y compleja que normalmente realizan el personal técnico de los servicios de prevención propios o ajenos en auxilio del empresario. El Art 16 .2 de la Ley de Trabajo a Distancia centra dicha evaluación en la necesidad de obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia, mediante una metodología que ofrezca confianza respecto a sus resultados, con el fin de prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en

<sup>34</sup> RD 665/1997, de 12 de mayo sobre protección de trabajadores contra riesgos relacionados a la exposición de agentes cancerígenos durante el trabajo.

<sup>35</sup> RD 374/2001 de 6 de abril sobre protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con agentes químicos en el trabajo.

cada caso. La complejidad de los criterios a utilizar en las evaluaciones queda patente en el Art. 5 Del Reglamento de los Servicios de Prevención.

Conforme al Art 16. 2 de la Ley de Trabajo a Distancia, cuando la obtención de dicha información exigiera la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva al lugar en el que se desarrolla el trabajo a distancia, deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención. La referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física. De no concederse dicho permiso, conforme al dicho Art. 16.2, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención. Dado que este último supuesto es el que va a convertirse en la regla general, pese a que se diga “podrá” la evaluación de riesgos va a depender en la mayoría de casos de la información exclusiva recabada de la persona trabajadora, a la que con independencia de que se le haya informado y formado sobre los riesgos propios del trabajo a distancia conforme a los Arts.18 y 19 LPRL, no se le puede pedir que esté en disposición de entender y en su caso medir los riesgos del trabajo a distancia que le permitan responder con exactitud a la información solicitada por la empresa como si de un técnico de prevención se tratara. Si la evaluación se hace depender en exclusiva de esta única fuente de información para que los servicios de prevención realicen la evaluación de riesgos, provocará que las metodologías aplicadas para la evaluación del trabajo presencial, dejen de ser metodologías que ofrezcan confianza respecto a sus resultados cuando se aplican al trabajo a distancia<sup>36</sup>. La consecuencia lógica será la inadecuación de la planificación de las medidas preventivas que adopte el empresario para eliminar o reducir y controlar los riesgos laborales.

Por otra parte, el Art.16 de la Ley de trabajo a distancia si bien centra la evaluación de riesgos laborales en las condiciones de trabajo, no tiene en cuenta la persona que lo ocupa, respecto a la que también debe recabarse información con el fin de determinar si forma parte de cualquier colectivo especialmente sensible a los riesgos laborales propios del teletrabajo por sus circunstancias personales o biológicas, incluida la discapacidad, conforme al Art. 25 LPRL. No debe olvidarse que conforme al Art.4.7º d) LPRL se entienden como “condición de trabajo” que puede tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador, todas aquellas características del trabajo que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesta la persona trabajadora entra las que debe entenderse incluida cualquier condición personal de la misma con dicho potencial efecto<sup>37</sup>.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

La prueba estadística , tal y como se ha configurado para el trabajo a tiempo parcial por el TCo, por ejemplo en la STCo 91/2019, de 3 de julio<sup>38</sup> da una nueva dimensión de análisis del teletrabajo desde la transversalidad, la remuneración, los tiempos de

<sup>36</sup> Las actuaciones de la persona trabajadora en ningún caso pueden sustituir las tareas que, por ley, le corresponden al servicio de prevención, tal como se recoge en la nota técnica de prevención del INSHT núm. 1165 “Teletrabajo: criterio para su integración en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo”, 2021, pág. 6

<sup>37</sup> González Ortega, S., Aparicio Tovar, J, *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Ed Trotta, 1996, pág. 69.

<sup>38</sup> BOE 192, de 12 de agosto del 2019.

trabajo y descanso y la prevención de riesgos laborales que no solo deben tener en consideración el principio de igualdad y no discriminación teniendo como elemento comparable el trabajador que realiza su trabajo en modalidad presencial sino además el impacto en género que afecta de manera clara a las mujeres así como otros colectivos que presentan brechas diferenciales. La prueba estadística ya sido integrada por algunas sentencias convirtiendo así la brecha diferencial en una discriminación indirecta sobre la que se resuelve de una manera más compleja que integra toda la normativa laboral sobre igualdad y no discriminación en un marco multinivel.

Dicha valoración debe extenderse al análisis de todas aquellas posibles desigualdades en salud laboral que puedan darse desde una perspectiva de género y respecto a colectivos que también pudieran presentar brechas diferenciales por cualquiera de las circunstancias o condiciones mencionada en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (discapacidad, edad, enfermedad o condición de salud, etc.) más allá de las recogidas a título enunciativo por el Art.4.3 de la Ley de Trabajo a Distancia (por razón de sexo, edad, antigüedad o grupo profesional o discapacidad). En cuanto a las desigualdades en salud respecto a quien trabaja a distancia en comparación a quien trabaje de forma presencial, las singularidades del trabajo a distancia hacen que un mismo riesgo laboral pueda suponer una mayor afectación en la salud de las primeras, en un contexto en el que la configuración legal de la evaluación de tales riesgos puede presentar dificultades para obtener la información necesaria que permita eliminar o reducir y controlar los mismos, circunstancia que se agrava si se trata de personas que trabajen por debajo de los umbrales de jornada definidos en su Art.1 de Ley de Trabajo a Distancia a los que la ley directamente los excluye de su ámbito de aplicación, a salvo de lo que disponga la negociación colectiva.



**EL PAPEL DEL REGLAMENTO EUROPEO “REACH”  
EN LA PROTECCIÓN DE LA SALUD LABORAL  
FRENTE AL RIESGO DE LAS SUSTANCIAS QUÍMICAS:  
UN BALANCE CRÍTICO**

ÁNGEL M. MORENO MOLINA

*Catedrático de Derecho Administrativo*

Universidad Carlos III de Madrid

*Vocal sustituto de la Sala de Recursos de la*

*Agencia Europea de Sustancias Químicas*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN

2. EL REGLAMENTO REACH Y LA RESTRICCIÓN O PROHIBICIÓN DE  
SUSTANCIAS QUÍMICAS

3. BALANCE CRÍTICO



## 1. INTRODUCCIÓN

La protección de la vida y la salud del obrero en su centro y puesto de trabajo requiere de una perspectiva multidisciplinar si se quiere tener un cuadro completo de todas las técnicas que convergen en ese fin social y de todas las ramas del Ordenamiento que curan por su cuidado. El grueso de esas técnicas e instrumentos proviene, evidentemente, del Derecho laboral, dado que aquellos riesgos se corren como consecuencia del desenvolvimiento dinámico del contrato de trabajo, auténtica piedra angular de la ciencia jurídico-laboral. Ahora bien, el Derecho administrativo también aporta su grano de arena a la consecución de aquel loable objetivo. Dejando de lado aspectos como la prevención de accidentes “mayores” (cuyas víctimas primeras e inmediatas son los trabajadores), o el aseguramiento de la calidad de los EPIs, áreas ambas gobernadas por el Derecho administrativo de la seguridad industrial, vamos a tratar aquí de uno más sutil y tal vez más relevante: la protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos que acarrea la exposición a las sustancias químicas contenidas en los productos y preparados que aquellos utilizan habitualmente en sus centros de trabajo.

En numerosos sectores productivos (desde la industria a la limpieza) los obreros se encuentran expuestos a multitud de productos químicos, tales como colas, disolventes, pegamentos, colorantes, pesticidas, insecticidas, amianto, etc. Muchos de esos productos contienen sustancias químicas que pueden tener propiedades tóxicas (cancerígenas, cardiopáticas, neurotóxicas, irritantes, tóxicas para la reproducción, teratogénicas, etc.) y que por lo tanto pueden causar al trabajador episodios de envenenamiento o intoxicación, cuando no patologías graves y enfermedades profesionales de amplio espectro, algunas incluso mortales<sup>1</sup>. Los escenarios de exposición y las vías de intoxicación son numerosos (inhalación, contacto cutáneo, etc.)<sup>2</sup> y los casos tristemente famosos de daños irreversible a la salud laboral son por desgracia frecuentes<sup>3</sup>.

Aunque la protección de la salud del obrero desde la prevención de riesgos laborales puede en gran medida disminuir las exposiciones al riesgo químico (uso de EPIs, fichas de seguridad, formación, organización del trabajo, etc.), la evitación completa del riesgo químico en su raíz solo se puede conseguir mediante la limitación, restricción, erradicación o incluso la prohibición de comercialización de las sustancias químicas que forman parte de la composición de los productos antecitados, como consecuencia de decisiones regulatorias adoptadas por las autoridades públicas. Son las únicas medidas que pueden reducir o eliminar, en su fuente misma, el problema aquí descrito.

En este escenario, el Reglamento “REACH”<sup>4</sup>, de la Unión Europea (“UE”), ha supuesto un giro copernicano y un avance de extraordinaria importancia en la arquitectura regulatoria de los productos químicos. Además de derogar más de una veintena de disposiciones aprobadas por las Comunidades Europeas desde la década de los sesenta<sup>5</sup>, ha establecido un sistema euro-centralizado para el conocimiento y regulación de las

<sup>1</sup> Vid: Repetto Jiménez, G. & Repetto Kuhn, G.: *Toxicología fundamental*, 4ª ed., Díaz de Santos, 2009.

<sup>2</sup> Vid.: ISTAS-AESST: *La prevención del riesgo químico en el lugar de trabajo*. Guía para la intervención, 2004.

<sup>3</sup> Intoxicación por amianto en las fábricas de Uralita, caso “Ardystil”, etc.

<sup>4</sup> Reglamento (CE) 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), y por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos.

<sup>5</sup> Como la crucial Directiva 76/769, de 27 de julio 1976, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos (DOCE L 262, de 27.9.1976).

sustancias químicas<sup>6</sup>, cuya pieza culminante es la Agencia de Sustancias y Preparados Químicos de la UE, ubicada en Helsinki (más conocida por sus siglas en inglés, “ECHA”), que ha cumplido ya quince años de existencia.

## 2. EL REGLAMENTO “REACH” Y LA RESTRICCIÓN O PROHIBICIÓN DE SUSTANCIAS QUÍMICAS

### 2.1. El registro, la evaluación y catalogación de las sustancias químicas

El Reglamento REACH ha permitido acopiar el mayor acervo de conocimiento científico-técnico de la historia sobre miles de sustancias químicas existentes (al menos en Europa). Ello es de crucial importancia, desde el punto y hora en que el mayor obstáculo para la toma de decisiones regulatorias en materia de control y restricción de productos químicos es la falta de información sobre sus propiedades, lo que (sumado al principio de proporcionalidad) puede desde luego limitar o impedir la adopción de medidas restrictivas por parte de la Administración pública, aunque esta pretenda proteger la salud humana.

A los efectos de obtener la más exhaustiva, fiable y actualizada información sobre las sustancias químicas, especialmente las peligrosas por tóxicas, el Reglamento REACH ha instituido un pormenorizado cuadro de técnicas y procedimientos a través de los que la ECHA puede imponer sobre las empresas químicas la obligación de llevar a cabo estudios y ensayos protocolizados (estandarizados por la OCDE) con el fin de descubrir y sistematizar los efectos y propiedades de las sustancias químicas (por ejemplo, del Antimonio (Sb) y sus compuestos)<sup>7</sup>. Ello generará conocimiento científico sobre el que se pueden luego edificar, con seguridad jurídica, cargas regulatorias y medidas restrictivas.

Las dos técnicas o instrumentos fundamentales para ese acopio científico son el registro de las sustancias (y la posterior evaluación por parte de la ECHA del *dossier* generado por la empresa) y la evaluación de aquellas, instancia en la que la ECHA trabaja codo con codo con las autoridades designadas por los EM.

Por lo que respecta al registro de las sustancias, se trata de una actuación positiva obligatoria para los miles de empresas del sector químico ubicadas en la UE o que importen sustancias en dicha Unión. Es una obligación o “carga regulatoria” *nueva*: contrariamente a lo que sucedía antes del Reglamento REACH (cada empresa podía introducir libremente en el mercado sustancias químicas), ahora ello no es posible sin que antes la empresa química haya constituido un “dossier” voluminoso y exhaustivo en el que ella misma haya sistematizado toda la información científica y -sobre todo- toxicológica de la sustancia, generando un alto volumen de datos e informaciones que aparecen consignados en los anexos del reglamento y que varían en función del tonelaje (*tonnage band*) en que la sustancia sea producida cada año<sup>8</sup>. Las empresas que fabrican sustancias químicas deben, pues, registrarlas obligatoriamente ante la ECHA, requisito

<sup>6</sup> Vid: Moreno Molina, A.M. *La regulación europea de los productos químicos*. Ed. Istel, Madrid, 2010.

<sup>7</sup> Los ensayos son exhaustivos y precisos, tienen una duración que varía en función de su diseño y su coste puede llegar a superar el millón de euros. Por ejemplo, el ensayo toxicológico denominado “Toxicidad oral subcrónica por inhalación a 90 días” (TG OECD 413) se realiza con ratas de 7 a 9 semanas y permite identificar diferentes extremos de la sustancia administrada, como sus efectos cardiovasculares o histopatológicos, su deposición y retención en los bronquios o sus efectos toxicocinéticos.

<sup>8</sup> De 1 a 10 TM, de 10 a 100, de 100 a 1000, más de 1000. En función de dicho tonelaje las exigencias de información varían progresivamente (anexos VII al X del Reglamento REACH).

*sine qua non* para su lícita comercialización (principio “no registration, no market”). Dada la amplitud, detalle, complejidad técnico-científica de la información que las empresas tienen que suministrar a la Agencia (así como el coste de su obtención), esta obligación se sometió a una serie de plazos progresivos y disposiciones transitorias.<sup>9</sup>

Si, a juicio de la Agencia, una solicitud de registro está incompleta, aquella informa al solicitante de registro acerca de qué información suplementaria (obligatoria) debe facilitar para que esté completa, estableciendo un plazo razonable para hacerlo. Esto suele hacerse inmediatamente tras la recepción de la solicitud de registro (lo que se llama “completeness check” en la terminología del REACH)<sup>10</sup>. Ahora bien, este control primero es una verificación meramente superficial de “completitud” del *dossier*. Sin embargo, tras el otorgamiento del registro la Agencia puede en cualquier momento posterior analizar con mayor profundidad la idoneidad y suficiencia de la información remitida por la empresa. Esa fase, que no siempre se produce, se denomina “compliance check” (algo así como “control de cumplimiento”). En este procedimiento -que se inicia y finaliza con una decisión formal de la Agencia- esta puede exigir a la empresa *registrante* que realice estudios y ensayos suplementarios (ensayos “in vitro”, o “in vivo” incluyendo ensayos de laboratorio con animales). Ello se hace por decisión de la Agencia, oído el comité de los estados miembros (EM)<sup>11</sup>, existente en su seno. Dicha decisión es susceptible de impugnación ante la “Sala de Recurso” (*Board of Appeal*) de la propia agencia, que goza de independencia orgánica y funcional respecto de esta.

En un decurso ulterior, la evaluación de una sustancia, previamente seleccionada por sus características o propiedades potenciales, puede servir de cauce para que la Agencia (a instancia de la autoridad competente del EM correspondiente) solicite a la empresa más datos y ulteriores estudios, que vuelven a generar más información sobre la cual basar la decisión oportuna. En este estadio la Agencia puede profundizar en despejar los efectos de la sustancia sobre la salud humana, y más concretamente en el marco de los escenarios de exposición más frecuentes a que se enfrentan los trabajadores.

Dichos datos e informaciones pueden llevar eventualmente a que la sustancia sea formalmente clasificada como muy altamente preocupante (*Very high concern*, VHC), si se determina que es cancerígena, mutagénica, tóxica para la reproducción o persistente. Esa calificación hace que sea incluida automáticamente en el anexo XIV del reglamento REACH<sup>12</sup>, lo que constituye una manifestación de la actividad administrativa de catalogación con atribución de estatus jurídico específico. He ahí ya un control concreto y una medida restrictivo-precautoria sobre estas sustancias.

## 2.2. La autorización y la adopción de restricciones

Si una sustancia está incluida en dicho Anexo XIV por ser altamente preocupante, entonces su empleo en productos o artículos (desde juguetes hasta líquidos blanqueantes) ya no puede ser empleada libremente por la industria para fabricar productos, objetos o artículos (desde lacas hasta tintas para tatuajes), sino que tiene que ser necesariamente objeto de una autorización específica, que otorga (o no) la Comisión a propuesta de la

<sup>9</sup> Antes del 31 de mayo de 2018 cada empresa tuvo que registrar las sustancias que fabricara en un peso que oscilara entre 1 y 100 TM; antes del 31 de marzo de 2013, las fabricadas en un tonelaje comprendido entre las 100 y las 1000 TM, y antes del 30 de noviembre de 2020, las fabricadas por encima de 1000 TM por año.

<sup>10</sup> En la práctica se ha impuesto un dudoso (aunque flexible) unilingüismo operativo en favor del inglés en todo el funcionamiento y la dinámica interna de la agencia de Helsinki.

<sup>11</sup> También forma parte de la operatoria y ámbito aplicativo del reglamento REACH Noruega, Islandia y Liechtenstein, partes del Espacio Económico Europeo.

<sup>12</sup> En febrero de 2022 había 54 sustancias incluidas en dicho anexo

Agencia química, quien instruye el procedimiento correspondiente<sup>13</sup>. Las autorizaciones han de ser publicadas en el DOUE y su no otorgamiento puede ser recurrido por la empresa directamente ante el Tribunal General (“TG”) de la UE (recurso de anulación, art. 263 del TFUE). Del mismo modo, la Comisión puede suspender la efectividad de las autorizaciones concedidas en su día, en caso de que aparezca un riesgo grave e inmediato (no identificado en su día) para el medio ambiente o para la salud humana (rubro en el que destaca con fuerza propia la salud de los trabajadores).

Finalmente, viene el momento de adoptar “restricciones” a la fabricación, la comercialización y el uso de sustancias, mezclas y artículos peligrosos. La restricción es la técnica jurídico-pública más potente para la protección “a radice” del obrero de la que aquí se está hablando, al tiempo que la más agresiva para la industria, dado que una vez adoptada formalmente una restricción, ya no se puede fabricar, comercializar ni usar la sustancia o el producto afectado por dicha restricción, a menos que se cumplan las condiciones de aquella<sup>14</sup>. La restricción se puede aplicar desde luego a las sustancias “altamente preocupantes”, así como respecto de cualquier sustancia respecto de la cual se determine que supone un “riesgo inaceptable para la salud humana”, rubro que incluye desde luego la salud laboral de los trabajadores. La Comisión es aquí la competente para adoptar las decisiones correspondientes, sobre la base de una propuesta que le somete la ECHA, y tras el procedimiento correspondiente (regulado en el art. 133 del Reglamento REACH) . Una vez adoptada la decisión, se modifica el Anexo XVII del Reglamento REACH para incluir en él a la nueva restricción.<sup>15</sup>

Los principales formatos que puede adoptar una *restricción* son los siguientes: (a) la interdicción absoluta de la fabricación o comercialización de dicha sustancia<sup>16</sup>; (b) la prohibición de que una sustancia se utilice en ciertos preparados, artículos o productos<sup>17</sup>; o (c) el establecimiento de una cuantía, peso o proporción máxima con respecto al volumen o peso total del producto u objeto (expresado en porcentaje o en ppm).<sup>18</sup>

Las medidas tuitivo-regulatorias del Reglamento REACH se complementan con varias figuras, entre las que destacan, para nuestros propósitos expositivos, las siguientes: (a) el establecimiento de obligaciones positivas de hacer en la persona del fabricante (de la sustancia “originaria”, no del artículo o producto que se elabore con ella), que son relevantes desde la perspectiva de la seguridad laboral, entre las que destaca la ficha de datos de seguridad: el art. 31 del Reglamento REACH y su anexo II regulan su concepto, su contenido y las obligaciones para el empresario y el distribuidor de la sustancia y (b) la imposición de obligaciones positivas de hacer sobre el “usuario intermedio” (downstream user)<sup>19</sup>, como puede ser una empresa aeronáutica que fabrica aviones y utiliza un líquido como sustancia imprimante que se aplica con carácter previo al pintado y decoración exterior de sus aviones (líquido que es aplicado por un trabajador por medio de aerosol). Si

<sup>13</sup> Autorización que tiene a todos los efectos la naturaleza jurídica de “acto administrativo comunitario”.

<sup>14</sup> Art. 67.1 del Reglamento REACH.

<sup>15</sup> Aunque el Anexo XVII del reglamento REACH tiene 76 apartados (datos de febrero de 2022) en realidad existen cientos de restricciones pues cada apartado puede tener numerosas restricciones.

<sup>16</sup> Por ejemplo, está prohibida la fabricación, la comercialización y el uso de las fibras de amianto y de los artículos y mezclas que contengan estas fibras añadidas intencionadamente (punto 6 del Anexo XVII del Reglamento REACH).

<sup>17</sup> Por ejemplo, ni los carbonatos ni los sulfatos de plomo se pueden comercializar ni utilizar como sustancias o en mezclas, en los casos en que la sustancia o la mezcla esté destinada a utilizarse como pintura (punto 16 del Anexo XVII).

<sup>18</sup> Por ejemplo, el benceno no puede comercializarse ni utilizarse como componente de otras sustancias, o en mezclas, en concentraciones iguales o superiores al 0,1 % en peso (punto 5 del Anexo XVII).

<sup>19</sup> El usuario intermedio es una empresa que utiliza determinada sustancia en sus procesos fabriles-industriales. Por ejemplo, una empresa textil que fabrica ropa y las tiñe con ciertos colorantes químicos.

se establece que dicho líquido imprimante contiene una sustancia que ha sido clasificada como altamente preocupante, la empresa fabricante de ese imprimante tiene el deber de sustitución (art. 55 del Reglamento REACH) debiendo emplear en su lugar una sustancia inocua o cuya toxicidad haya sido despejada en sentido negativo.

Por último, corresponde ya a las autoridades competentes de los EM (en España, a las Comunidades Autónomas), la vigilancia, supervisión, control y sanción de los comportamientos y acciones de las empresas que estén en contravención de las obligaciones y deberes impuestas sobre ellas por el Reglamento REACH, régimen sancionador que en España regula la Ley 8/2010.<sup>20</sup>

### 3. BALANCE CRÍTICO

Nuestro balance crítico del papel del Reglamento REACH en la adopción de controles, restricciones o prohibiciones administrativas de sustancias químicas tóxicas puede resumirse, de forma esquemática dada la disponibilidad de espacio, al hilo de las siguientes conclusiones críticas:

- El reglamento REACH entró en vigor el 1 de junio de 2007, pero tuvo una implementación secuencial, dada la importancia de los cambios que introdujo en el correspondiente sistema regulatorio químico, como se ha visto supra en el caso de la nueva obligación del registro de las sustancias.
- El Reglamento REACH se complementa con el Reglamento europeo “CLP”, de clasificación, embalaje y etiquetado de sustancias químicas (Reglamento 1272/2008), que tiene una gran utilidad a la hora de advertir a los trabajadores, a través de pictogramas y expresiones estandarizados a nivel mundial, de los peligros más evidentes de aquellas.
- Se ha establecido un régimen plenamente euro-céntrico (en lo normativo) y parcialmente europeizado (en lo aplicativo-administrativo). La europeización del sistema priva ya a los EM, actuando por su cuenta o aisladamente, de la posibilidad de introducir restricciones o prohibiciones a la comercialización o uso de sustancias químicas a través de normas internas<sup>21</sup>. Consecuentemente, las medidas de control, restrictivas o prohibitivas, no se pueden adoptar ya por las autoridades nacionales, sino solo por la Comisión, actuando sobre la base de recomendaciones o propuestas de la ECHA (o de los EM canalizados a su través). Esta nueva arquitectura de la intervención de los poderes públicos tiene aspectos positivos y negativos
- En el haber positivo del sistema actual se encuentran dos grandes activos: (a) por un lado el nivel de escrutinio y protección ambiental y de salud pública que impone el nivel europeo es, en términos netos, de un valor consustancialmente más alto que en el que rige habitualmente en ciertos países europeos, menos concienciados con estas cuestiones. Piénsese, por ejemplo, que las fibras de amianto solo fueron prohibidas en España en el año 2001, a través de una Orden ministerial que fungía como un

<sup>20</sup> Ley 8/2010, de 31 de marzo, por la que se establece el régimen sancionador previsto en los Reglamentos (CE) relativos al registro, a la evaluación, a la autorización y a la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) y sobre la clasificación, el etiquetado y el envasado de sustancias y mezclas (CLP), que lo modifica.

<sup>21</sup> El Reglamento REACH está basado en el art. 114 del TFUE y además establece en su art. 128 que ningún EM puede prohibir, restringir o impedir la fabricación, importación y comercialización o uso de una sustancia que cumpla lo dispuesto en él.

UN BALANCE CRÍTICO

desarrollo-especificación de la Ley General de Sanidad<sup>22</sup>, y que se aprobó para incorporar una directiva europea<sup>23</sup>; (b) el segundo activo es la inmensa “capacidad instalada” de generación de conocimiento científico y de gestión del mismo para la protección del ambiente y de la salud humana, que son los dos objetivos genéticos del Reglamento REACH<sup>24</sup>, pues la ECHA no es más que la punta del iceberg de una formidable red de “autoridades competentes” (coordinadas por la agencia europea) que en cada EM han sido designadas como repositorios y centros activos de conocimiento y datos científico-técnicos sobre las sustancias químicas<sup>25</sup>; (c) una vez adoptadas por la Unión las medidas de control, etiquetado, autorización y restricción correspondientes, benefician a millones de obreros y son obligatorias para miles de empresas a lo largo y ancho de Europa.

- En el rubro negativo podemos situar los siguientes extremos: (a) por un lado, un EM concienciado y activo ya no puede actuar en solitario y con rapidez en la regulación del riesgo químico, pues tiene que esperar a que actúen las instituciones europeas. Puede, en cualquier caso, activar las alarmas y los procedimientos necesarios para ello; (b) La adopción de medidas restrictivas, de control o prohibitivas no es un proceso expedito o rápido. Todo lo contrario, el sistema europeo designa una serie de fases o momentos, no necesariamente conectados secuencialmente entre sí. Todo ello consume varios años.
- El proceso de registro de sustancias ha durado casi 14 años, concretamente desde principios del 2007 hasta finales del 2020. Se han presentado decenas de miles de registros por parte de las empresas, a veces actuando solas pero generalmente formando “consorcios” (para compartir gastos) en los que una empresa figura como promotora o líder (lead registrant).
- A la Agencia le ha costado años procesar toda esa información. Además, una auditoría interna realizada por la Agencia en el momento de verificación de la completitud de los registros o *dossieres* presentados (fase denominada “completeness check”) ha desvelado que multitud de esos dosieres estaban incompletos, carecían de información esencial para el conocimiento de la sustancia o suministraba información superficial o irrelevante.
- Sigue existiendo un alto porcentaje de registros (más del 50%) de sustancias que no han sido objeto todavía de una *compliance check*, es decir, que no se han analizado a fondo para determinar si contienen todos los datos e información que se exige a cada sustancia en función de su tonelaje de fabricación, por lo que tenemos que asumir que en esos casos ni disponemos de toda la información necesaria ni se han activado los procedimientos dirigidos a obtenerla.
- Las pruebas y ensayos de laboratorio que la Agencia puede exigir realizar a las empresas que comercializan las sustancias químicas (con las que luego se fabrican los miles de productos que pueden poner en peligro la salud del obrero, la del medio

<sup>22</sup> Orden Ministerial de 7 de diciembre de 2001, por la que se modifica el Anexo I del Real Decreto 1406/1989, de 10 de noviembre, que impone limitaciones a la comercialización y al uso de ciertas sustancias y preparados peligrosos (BOE del 14 de diciembre).

<sup>23</sup> Cabalmente la Directiva 1999/77, de 26 de julio de 1999, (DOCE L 207, de 6.8.1999), que prohibió la comercialización y utilización de una serie de fibras de amianto, como la amosita a partir del 1 de enero de 2005.

<sup>24</sup> Aunque su base jurídica no es el art. 192 TFUE (política ambiental) ni el art. (salud pública) sino el art. 114 (armonización de legislaciones para el mercado interior).

<sup>25</sup> La Agencia Europea acoge en su estructura y funcionamiento dinámico diferentes comités integrados por representantes nacionales, como el comité de evaluación del riesgo, un comité de análisis socio-económico, un comité de los EM, así como de un foro relativo al cumplimiento. Los miembros de esos comités son designados por cada estado miembro, generalmente entre altos funcionarios ministeriales, expertos de instituciones científicas y de protección ambiental y laboral, etc.

ambiente o la de cualquier usuario final) son por lo general costosos o muy costosos y pueden tardar mucho tiempo en completarse, dada su complejidad y meticulosidad. De ahí que con gran frecuencia las empresas se opongan a este tipo de decisiones, interponiendo la oportuna impugnación ante la Sala de Recurso (*Board of Appeal*) de la agencia de Helsinki, interposición que además tiene efecto automáticamente suspensivo, con lo que ganan tiempo.

- A pesar de que el suministro de información es obligación de la empresa, la Agencia no puede exigir que se hagan ensayos solo por pedirlos, “para ver qué pasa” sino que tiene que tener un punto de partida, una base cognitiva “suficiente” (aspecto éste que también se recurre) para solicitar los citados estudios<sup>26</sup>. Esto es, cuando la Agencia requiere más o adicional información científico-toxicológica sobre una sustancia, tiene que probar que al menos hay una preocupación o sospecha razonable (*concern*) de que determinada sustancia posee alguna propiedad tóxico-peligrosa, apoyándose en datos científicos existentes. Además la propia *jurisprudencia* de la Sala de Recurso, confirmada por la del Tribunal General de la UE (“TG”), somete dicho requerimiento de información a varios requisitos, que son: (1º) deben fundamentos indiciarios para considerar que, sobre la base de la exposición e información del riesgo, una sustancia constituye un riesgo potencial para el medio ambiente o para la salud humana; (2º) debe ser necesario obtener la información con el fin de aclarar la existencia o no del riesgo potencial; y (3º) la información requerida tiene que permitir realmente la adopción de medidas que supongan una mejora en la gestión del riesgo<sup>27</sup>. Es decir, la información que se persigue obtener tiene que tener una aplicación efectiva real y útil.
- Aunque la Agencia está dotada de un amplio margen de discrecionalidad científico-técnica para adoptar las decisiones que requiera la más completa determinación de las propiedades de las sustancias químicas registradas, debe razonar y motivar de modo suficiente sus decisiones, con todo tipo de antecedentes y referentes científico-técnicos. La posesión de ese margen de discrecionalidad no enerva la potestad de la Sala de Recurso de realizar una revisión sobre el fondo del acto.
- La Sala de Recurso ejerce un control de legalidad y de corrección técnico-científica de las decisiones de la Agencia<sup>28</sup>. Está dotada de independencia funcional en el seno de la Agencia y, está investida de todos los poderes de que goza la Agencia, por lo que puede reformar ella misma una decisión previa adoptada por la ECHA, aunque generalmente ordena la retroacción de actuaciones. Las empresas pueden confiar en que sus recursos<sup>29</sup> serán resueltos de manera completamente imparcial por la Sala, que hasta el momento presente ha tenido un desempeño impecable, reconocido por todos los *stakeholders* del sector químico europeo.
- En los recursos que las empresas formalizan ante la Sala de recurso, formulan todo tipo de alegaciones encaminadas a demostrar o poner de manifiesto que la Agencia cometió un error de apreciación (*error of assessment*). Es importante destacar que este es el estándar de control, y no el “error *manifiesto* de apreciación” (*manifest*

<sup>26</sup> Además, la Agencia solo puede exigir la realización y suministro de los ensayos y documentación que están recogidos en los diferentes anexos del REACH, y en función del tonelaje o importación de la sustancia de que se trate.

<sup>27</sup> Vid: Decisión de la Sala de Recurso de 29 de enero de 2020 en el asunto A-008-2018, *Taminco and Performance Additives Italy*; Sentencia del Tribunal General de la UE de 20 de septiembre de 2019, asunto T-125/17, *BASF Grenzach c. ECHA*.

<sup>28</sup> Está compuesta por un presidente (con cualificación jurídica), un vocal con cualificación jurídica y un vocal con cualificación técnica (suele ser un experto químico o toxicológico). Además, cuenta con asesores jurídicos y científico-técnicos. Esto le habilita para realizar un control que no es de mera legalidad.

<sup>29</sup> El “recurso” ante la Sala es innominado o carece de cualquier otro adjetivo calificativo.

UN BALANCE CRÍTICO

*error of assessment*). Ello quiere decir que la Sala de Recurso no se centra solo en detectar los casos de errores groseros o injustificables de apreciación científica, sino que puede establecer una nueva apreciación sobre la base cognitiva generada por el expediente, y la que se derive de la instrucción del recurso. Además, normalmente organiza *hearings* o audiencias públicas (que pueden llegar a durar varios días) en los que se desmenuzan hasta el último detalle todos los vericuetos fácticos, técnicos y jurídicos del caso.

- En esta “litigiosidad administrativa” o *gubernativa* las empresas utilizan (para los reproches de pura “legalidad”) los argumentos y líneas discursivas típicas que se emplean ante el Tribunal General de la Unión Europea, en el marco del recurso de anulación contra, por ejemplo, decisiones individuales de la Comisión dirigidas a una empresa o particular (ex art. 263.2 del TFUE).
- Los principios cuya violación más usualmente se invoca por las empresas son el de proporcionalidad, el de confianza legítima y el de legalidad, así como otros principios generales del Derecho de la Unión (como el de buena administración, art. 41 de la CDFUE). Los vicios invocados pueden ser de forma (desviación o conculcación de procedimiento, falta de motivación, violación del derecho a ser oído, vicio en la constancia externa del acto) o de fondo (violación de requisitos sustantivos o materiales del Reglamento REACH que vician de error la decisión o la convierten en ultra vires por haber sido dictada en exceso de sus poderes por la Agencia).
- En esta fase impugnatoria ante la Sala de la Agencia, las empresas (generalmente defendidas por grandes bufetes de Bruselas) también invocan el bienestar de los animales y el principio de restricción de ensayos sobre los vertebrados (art. 25 del REACH), como argumento para no tener que realizar el estudio demandado (que normalmente termina con el sacrificio -y en su caso análisis histológico post mortem- de los animales utilizados para este fin). En este argumento, las empresas encuentran la inopinada ayuda de los grupos animalistas (como PETA o PISC) que sistemáticamente solicitan (y obtienen) el reconocimiento de la calidad de “intervinientes procesales” en el recurso. De forma asaz curiosa, animalistas y empresas químicas resultan alineados en la misma posición, contraria a la realización del ensayo impuesto por la ECHA, ensayo que se suelen realizar con ratones, conejos, ratas u otros roedores menores. Sin embargo, la realización del estudio-ensayo es la única forma de desvelar la incógnita de si la “sospecha” de la Agencia (en el sentido de que la sustancia posee alguna propiedad tóxica) estuvo bien fundada o no, y por tanto la posibilidad misma de proteger la salud humana. En algún momento se debería revisar la ecuación que opone (a nuestro juicio, improcedentemente) la salud de los animales a la salud del ser humano.
- En relación con el requerimiento de la ECHA de llevar a cabo determinado ensayo, las empresas suelen igualmente invocar los siguientes argumentos técnicos:
  - No existen estudios científicos fehacientes que apoyen las conclusiones de la Agencia.
  - Si existen dichos estudios, que son demasiado antiguos (en su caso).
  - Si solo hay un estudio, que solo hay uno y no es suficiente y que hacen falta más
  - Si hay muchos, que son contradictorios entre sí, o que fueron realizados de acuerdo a diferentes metodologías o protocolos.



- Si no existen estudios que adviertan, al menos indiciariamente, de los peligros potenciales que pueda tener la sustancia sobre la que se quiere realizar el ensayo (sustancia “A”) pero en cambio sí hubiera estudios sobre una sustancia estructuralmente idéntica a aquella (sustancia “B”), la empresa alega que las dos sustancias presentan diferencias estructurales importantes, que impiden que se puedan extrapolar las conclusiones de “B” sobre “A”.
- Que el modo de acción o mecanismo de causa-efecto no es el mismo en el animal que sufrirá el ensayo que en el hombre, por lo que el estudio es inútil, y una pérdida ilegal de tiempo y dinero (por lo tanto, un requisito desproporcionado).
- Que los resultados que del estudio se obtengan no servirán para extrapolarlos al ser humano, al tener características toxicocinéticas diferentes.
- Que el modo o ruta de exposición (oral, vía dérmica, intravenosa) no es modo más adecuado para derivar conclusiones que sean significativas para determinar la existencia del concreto riesgo para la salud humana, o que la concentración de la sustancia que se administre en el ensayo no es la correcta (por exceso o defecto) para derivar conclusiones científicamente serias, etc.
- Que el animal sobre el que la Agencia ha demandado realizar el estudio no es el más adecuado para desvelar la existencia de las propiedades intuidas en la sustancia objeto de la inquisición científica.
- Las empresas tienen a su disposición una serie de recursos para contestar las decisiones de la Agencia, o en su caso de la Comisión. Se trata de: (a) en primer lugar, el ya expuesto recurso ante la Sala de la Agencia; (b) en segundo lugar, el recurso de anulación ante el TG; (c) eventualmente, recurso de casación ante el TJUE, contra la decisión del TG. Toda esta batería de recursos (el primero, además, tiene efecto suspensivo automático) puede dilatar durante varios años la realización efectiva del estudio demandado por la Agencia.

Sin embargo, en los últimos años se han producido dos interesantes desarrollos (uno normativo, el otro jurisprudencial) que en cierto modo han “recortado” las posibles expectativas táctico-dilatorias de las empresas químicas renuentes a realizar los experimentos demandados: por un lado, el Protocolo sobre el Estatuto del TJUE y su Reglamento de procedimiento han sido modificados en el sentido de que si un asunto resuelto por el TG hubiera sido ya objeto de un recurso “administrativo” ante un órgano como la Sala de Recurso de la ECHA, el recurso de casación que se interponga eventualmente ante el TJ sólo será admitido a trámite con carácter muy restrictivo, a saber, si suscita una cuestión importante para la unidad, la coherencia o el desarrollo del Derecho de la Unión, extremo que será apreciado libremente por el Tribunal<sup>30</sup>. Esta variedad procesal se da plenamente en el ámbito del reglamento REACH, puesto que antes de acudir en anulación ante el TG las empresas tienen que interponer su “recurso” ante la Sala de Recurso.

Por otro lado, el TG ha establecido en su jurisprudencia que, en el examen de recursos de anulación interpuestos por empresas químicas contra decisiones de la ECHA que hubieran sido ya objeto de impugnación ante su Sala de Recurso (y ésta la hubiera desestimado), su deferencia judicial en favor de las determinaciones y hallazgos de la

---

<sup>30</sup> Modificación que entró en vigor el 1 de mayo de 2019.

dicha Sala será máxima<sup>31</sup>. Esto quiere decir que, en la práctica, si una empresa pierde su recurso ante el *Board of Appeal* de la ECHA, le va a ser muy difícil ganar el recurso de anulación que pueda interponer posteriormente ante el TG, salvo que sea capaz de poner de manifiesto un error grosero en el proceso decisorio o conclusiones de dicho *Board*, algo que es difícil de conseguir por el alto nivel de profesionalismo y excelencia jurídico-científica que hasta ahora ha demostrado en todos los casos.

- Dos reflexiones críticas conclusivas son pertinentes. En primer lugar, el proceso de control, restricción o prohibición de sustancias peligrosas, visto en su integridad, es demasiado lento, y es dudoso que satisfaga las exigencias de agilidad y determinación que en la erradicación del riesgo químico demanda la sociedad actual. Es muy difícil, sin embargo, acortar los plazos, dada la existencia del margen de incertidumbre, la complejidad científico-técnica de las cuestiones suscitadas en estos asuntos, y los principios y garantías jurídicas (sustantivas y procesales) que amparan a las empresas químicas. Es decir, La secuencialización de los procedimientos, la complejidad de la regulación (plagada de lagunas); el carácter policéntrico-intergubernamental de la estructura administrativa encargada de su aplicación; los numerosos recursos al alcance de la empresa química; todo ello explica la premiosidad en la adopción de las medidas de intervención administrativa.

En segundo lugar, está por ver si los EM están realizando correctamente el *enforcement* o aplicación represiva del Reglamento REACH en sus correspondientes demarcaciones, extremo este de radical importancia en todo el nuevo régimen regulatorio, dado que si una empresa no registra sus sustancias, o tiene registros incompletos, o no suministra la información y los ensayos que le demanda la ECHA, son las Administraciones públicas internas las que tienen que sancionar administrativamente a las empresas incumplidoras. De ahí se deduce el evidente corolario que una falta sistemática de inspección, control y sanción por parte de las autoridades, agencias y ministerios competentes en cada EM convertiría a toda la regulación “REACH” en un gigante con pies de barro. En España, por lo menos, no suelen abundar las noticias al respecto, la literatura jurídica sobre este sistema regulatorio es ciertamente escasa y la actividad de supervisión y control administrativo de nuestras Comunidades Autónomas merecería sin duda un estudio sobre el terreno, con medios mucho más importantes que los que tiene el autor de estas modestas líneas.

---

<sup>31</sup> Vid: Sentencia del Tribunal General de la UE de 20 de septiembre de 2019, asunto T-755/17, *Alemania c. ECHA*



# **UNA REGULACIÓN “AUTÉNTICA” DEL ACOSO LABORAL A LA VISTA DEL CONVENIO 190 OIT**

GLORIA P. ROJAS RIVERO

*Catedrática de Derecho del Trabajo*

Universidad de La Laguna

## **SUMARIO:**

- 1. LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE ACOSO MORAL O MOBBING AL MARGEN DE LA LEY ANTE DOS ACONTECIMIENTOS SIGNIFICATIVOS: LA STC 56/2019 Y EL CONVENIO 190 OIT**
- 2. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA DEL ACOSO MORAL O MOBBING EN LA NORMATIVA LABORAL ESPAÑOLA**
- 3. UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN**

## 1. LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE ACOSO MORAL O *MOBBING* AL MARGEN DE LA LEY ANTE DOS ACONTECIMIENTOS SIGNIFICATIVOS: LA STC 56/2019 Y EL CONVENIO 190 OIT

### 1.1. La STC 56/2019, de 6 de mayo: la dignidad, el abuso de poder y la ausencia de daño

La inexistencia de un concepto legal de *mobbing* en el ordenamiento jurídico español no impide, y las dificultades han sido realmente ciertas, que los tribunales estén obligados a acertar con el concepto jurídico que manejen a la hora de resolver los asuntos en conflicto. Acudir a los ya existentes Protocolos de actuación frente a las conductas de acoso, en particular al de la AGE de 2011, no ha dado los mejores resultados precisamente. Hasta fechas recientes, por otra parte, en el orden contencioso-administrativo, o se identificaba una situación de violencia psicológica extrema<sup>1</sup>, en la que se constata una clara intencionalidad de denigrar, humillar e incluso desequilibrar psíquicamente a la persona, o se consideraba la situación como un típico conflicto laboral<sup>2</sup>.

Con la sentencia 56/2019, de 6 de mayo, el TC afirma que “marginar laboralmente a un funcionario [dejándolo sin una ocupación efectiva y desatendiendo reiteradamente sus reclamaciones al respecto] durante un periodo largo de tiempo” puede ser una conducta de acoso en el trabajo, sin que sea condición necesaria –aunque deba tenerse en cuenta al graduar la sanción– la intencionalidad de infligir una violencia psicológica extrema, como había entendido la “justicia contenciosa” (STSJ de Madrid 235/2017, de 17 de abril)<sup>3</sup>.

Se trata de un supuesto de *mobbing* en el que es preciso destacar la especial atención que la STC 56/2019, al referirse al derecho particularmente lesionado, dedica a la dignidad humana, señalando que las intromisiones que prohíbe el art. 15 CE *constituyen un atentado “frontal y radical” a la dignidad humana, “bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo (STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13)”* (FJ 5,c).

Y considero de vital importancia tal reconocimiento en la medida en que he mantenido, desde siempre, que el bien jurídico esencialmente lesionado en los casos de acoso, y en particular en el de acoso moral o *mobbing* es la dignidad<sup>4</sup>.

Sin duda son las de acoso actuaciones pluriofensivas que violan al tiempo varios derechos fundamentales, clara y explícitamente la intimidad (el sexual) y la integridad física y moral (el moral), y también otros como la salud o, incluso, el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo. Pero si hay algún bien jurídico constitucional que siempre resulte violado por una situación de acoso, ese es el de la dignidad. Tal consideración planteó siempre dudas sobre la protección que debe recibir la dignidad humana como valor constitucional, que no derecho fundamental de los reconocidos en la sección primera del

<sup>1</sup> Conforme a la definición del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en su NTP 476 de 1998, ya superada por la 854 de 2009.

<sup>2</sup> Es muy común todavía que los tribunales de lo contencioso-administrativo continúen considerando meros comportamientos de conflicto interpersonal las situaciones de acoso que les son planteadas; así SSTSJ Madrid 780/2019 (JUR 89724), 6/2020 (JUR 137749) y 97/2021 (JUR 133335); Cataluña 442/2018 (JUR 240332); Murcia 592/2019 (JUR 76808); Valencia 204/2021 (JUR 215685), entre otras. Pero también sin duda en el orden social se encuentran muchos pronunciamientos del mismo tipo, así las SSTSJ Andalucía, Granada 1692/2019 (AS 165), 61/2021 (AS 1167) y 931/2021 (AS 1652); Asturias 1815/2020 (AS 2021/772); Extremadura 425/2019 (AS 1848); Canarias, S/C de Tenerife 449/2019 (AS 1669); Cataluña 5248/2021 (JUR 398752).

<sup>3</sup> *Vid* comentario de Molina Navarrete, C. <https://www.laboral-social.com/comentario-STC-6-mayo-2019-acoso-laboral-funcionario-falta-ocupacion-efectiva-.html>

<sup>4</sup> “Algunos aspectos procesales de la protección legal contra el acoso”, RGDTS, iustel.com. portal derecho (nº 8), 2005.

Capítulo II del Título I de la CE. La consideración debida a la dignidad, regulada en el art.10.1, ha de considerarse en el origen de los derechos fundamentales. Es difícil pensar en una violación de un derecho fundamental que, a su vez, no implique una violación de la dignidad, pero, de la misma manera, cuando no se considera debidamente la dignidad de una persona, es porque se está atentando a algún derecho fundamental de la misma. La dignidad personal constituye un valor espiritual y moral inherente a la persona, y cuyo respeto debe gozar y goza del mayor nivel de protección, como derecho fundamental. La STC 192/2003 define la dignidad personal como “el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno”.

En los supuestos de acoso, debe ser la idea de dignidad, presente en todos los seres humanos y vinculada a su capacidad de autogobierno individual, la que establezca los límites al modo en el que las personas pueden justificadamente ser tratadas, los límites que precisamente los derechos humanos y/o los derechos fundamentales tratan de salvaguardar.

Fue Kant, a quien la filosofía moral contemporánea debe un concepto de dignidad humana, quien elaboró una noción de dignidad íntimamente vinculada a la concepción del individuo como sujeto moral, una noción de dignidad que refleja la igualdad básica entre todos los seres humanos. Kant dice algo, en lo que Muguera también insiste: todos los seres humanos por el mero hecho de serlo tienen una dignidad, una santidad, en definitiva, un valor absoluto, que les hace sujetos y nunca objetos. En esa subjetividad moral, inconmensurable y no susceptible de graduación, radica la idea de dignidad humana<sup>5</sup>.

Conocidas las continuas referencias a la dignidad en cuerpos normativos internacionales y europeos, hay que destacar que en las relaciones laborales, la LET se encarga de reconocer como derecho básico de los trabajadores y siempre como límite de los poderes empresariales: “La consideración debida a su dignidad” comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (art.4.2,e). En el art.18 se exige respetar “al máximo la dignidad... del trabajador” en los registros. En el art. 20.3 se impone guardar “la consideración debida a su dignidad humana” en el control de la actividad laboral. En el art. 39.1 se exige respetar “la dignidad del trabajador” en la movilidad funcional. Y en el art. 50.1,a), el menoscabo de la dignidad en las modificaciones sustanciales legitima a las personas trabajadoras para poner término al contrato de trabajo a través de una acción judicial, con derecho a la más elevada indemnización. Por su parte, el art.8.11 LISOS considera infracción muy grave “Los actos del empresario que fueren contrarios a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores”.

El legislador español deja claro que, actualmente, según la ética y la sensibilidad vigentes, los atentados a la dignidad de la persona y a su libertad merecen la máxima protección.

A pesar de los pronunciamientos del TC, reconociendo que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que ha de inspirar nuestro ordenamiento jurídico y, dentro del mismo, las distintas relaciones que concurren en la esfera de la dependencia trabajador/empleador, la jurisprudencia ordinaria, sin embargo, es reacia a apreciar la vulneración de la dignidad del trabajador. Un criterio restrictivo que resulta de la presunción de legitimidad en el uso de los poderes empresariales, lo cual agrava especialmente la posición de la víctima desde el punto de vista de alegación y prueba. En segundo lugar, la insistencia de los tribunales en sostener que los comportamientos vejatorios del empresario

---

<sup>5</sup> González Amuchastegui, J. *Autonomía, dignidad y ciudadanía*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp.425 y 427. Muguera, J. “La alternativa del disenso” en AA.VV. *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p.49.

han de tener relevancia objetiva, imponiéndose por sí mismos a cualquier persona, con independencia de sus circunstancias subjetivas, tiende a situar la línea de lo vejatorio prácticamente en casos extremos.

Por ello, hay quien, prontamente<sup>6</sup>, siguiendo este razonamiento, entendió que abordar la cuestión del *mobbing* desde la perspectiva de la mera tutela de la dignidad del trabajador, siendo crucial como valor jurídico a proteger, presenta riesgos innegables de desestimación judicial; sin embargo, y a pesar de tan cualificada opinión, entiendo que abordarla desde la exclusiva perspectiva discriminatoria, como se ha propuesto desde distintas instancias, dejaría fuera supuestos de *mobbing* que no son discriminatorios, que es lo que, por otra parte, ha hecho el legislador español de forma desafortunada.

En fin, en todo caso, se entienda o no que hay lesión de la integridad física o moral, de la intimidad o de la salud del trabajador, ha de considerarse violada siempre la dignidad personal, como valor inspirador de todos los derechos fundamentales y protegido, desde luego, con todos los medios de tutela predicable de éstos; y ese es el sentido que quiero ver en este pronunciamiento del TC, imprescindible además para una futura conceptualización del acoso moral. Como se verá más adelante, las referencias a la dignidad del ser humano son continuas en el Convenio 190 OIT.

Por otra parte, y también relacionada con la dignidad, interesa subrayar la referencia singular que el TC brinda a la categoría del “abuso de poder”: *De modo que la administración, deliberadamente, sin una finalidad u objetivo legítimo, con abuso de poder o arbitrariedad, marginó laboralmente al recurrente durante un periodo largo de tiempo. Tal comportamiento supone un agravio comparativo y un claro menosprecio y ofensa a la dignidad del trabajador demandante de amparo, de suyo idóneo para desprestigiarle ante los demás, provocarle sensación de inferioridad, baja autoestima, frustración e impotencia y, en definitiva, perturbar el libre desarrollo de su personalidad. La gravedad de la vejación se agudiza en función del tiempo en que persiste, que en el presente caso es muy considerable. En estrecha conexión con lo anterior, conductas como esta generan por sí mismas un perjuicio moral al que pueden añadirse daños psicofísicos por estrés, angustia, ansiedad o depresión* (FJ 6). Lo que quiere destacarse de la utilización de tales términos es si el TC está apelando a la categoría del “abuso de derecho”, como ejercicio “anormal” de los concretos poderes empresariales en este concreto caso, que impone al trabajador un daño que éste no debe soportar en virtud del reconocimiento del derecho a la libertad de empresa del art.38 CE. Lo característico del uso de dicho concepto es la referencia genérica a un daño excesivo, innecesario, irrazonable, injusto, etc., siendo los elementos que definen el daño considerado abusivo: el “exceso” y la “ausencia de necesidad”.

La protección frente al acoso discriminatorio (por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, acoso sexual y por razón de sexo) en el art.4.2, e) LET constituye en nuestro ordenamiento un límite expreso al poder de dirección, y también debiera serlo la protección frente al acoso moral o *mobbing* que podemos definir, conforme al art.28.1, d) Ley 62/2003, y tras desprenderlo del móvil discriminatorio, como la conducta indeseada del empresario que tenga como consecuencia un atentado contra la dignidad de la persona del trabajador, introduciéndola en un ambiente laboral humillante y ofensivo. Esta consideración deriva de la implicación de la persona del trabajador en la prestación contractual de su trabajo, configurada como una obligación de hacer, inseparable, por ello, del mismo sujeto obligado y que evidencia la conexión insoslayable de la libertad de empresa y su contenido, en particular el poder de dirección,

<sup>6</sup> Fernández López, M<sup>a</sup> F. “El acoso moral en el trabajo ¿Una nueva forma de discriminación?”, *RDS* n<sup>o</sup> 19, 2002, pp.62-63.

con los *derechos de la persona* del trabajador<sup>7</sup>. La subordinación o sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario es siempre una realidad que se produce en el interior de la organización y en función de los objetivos de producción que ésta busque; cualquier desviación de los actos de mando de los fines industriales a realizar, supone una ilegitimidad en el uso del poder de dirección y ha de considerarse abusiva.

La aplicación de la categoría o principio del abuso del derecho al ejercicio de los poderes y facultades empresariales no es necesaria cuando se pueda demostrar que se ha extralimitado el empresario en el ejercicio “regular” de los mismos (art.20.2 LET); en tales casos, el propio ordenamiento pone en marcha las medidas oportunas para poner coto a tales comportamientos. Pero en los casos de *mobbing*, realizado a través de comportamientos de por sí legítimos o indiferentes al Derecho que representan la forma más característica del acoso moral, la utilización de la categoría del abuso del derecho asume un particular relieve. En la práctica es difícil demostrar la existencia del *mobbing* si no es acudiendo, en muchas ocasiones, a las cláusulas generales de corrección y buena fe, de ahí que resulte extremadamente útil evaluar los comportamientos empresariales según parámetros de proporcionalidad y razonabilidad. Tal operación, permitirá “condenar la lesividad de conductas que, de otra manera, se considerarían inofensivas, sujetando o limitando, de alguna manera, el poder empresarial”<sup>8</sup>, permitiendo la valoración desde una diversa perspectiva del ejercicio de los poderes empresariales, es decir, no quedándose en la mera “legalidad” formal de la acción sino entrando a valorar si, en el caso concreto, la medida es proporcional y razonable<sup>9</sup>. Creo que este criterio resulta, también, de especial interés para la determinación de las conductas acosadoras.

En la sentencia 56/2019, el TC reafirma su doctrina según la cual la violación del derecho a la integridad personal *ex art.15 CE*, que sería el bien o derecho afectado más profundamente en situaciones de acoso moral en el trabajo, no necesita la generación de daño alguno –ni moral ni psicológico–, sino tan solo la constatación de un “riesgo relevante” de sufrirlo (FJ 5, c). Confirma así el Alto Tribunal la aplicación objetiva de normas como el art.14 LPRL o los arts.15 y 10 CE, conforme a la cual ha de entenderse que producidos de manera reiterada determinados comportamientos objetivamente lesivos, aunque aún no se haya provocado una lesión a la estabilidad psíquica de la víctima, u otra consecuencia patológica, hay acoso. El hecho de que no haya un daño patológicamente evaluable no implica que el comportamiento del acosador sea jurídicamente irrelevante. Si fuera así, el ilícito se convertiría en una realidad incompleta o no consumada sin la demostración del efecto dañoso.

Tan es así que un concepto legal de acoso no se podrá definir por el resultado sino que queda completo por la acción en sí misma; de lo contrario se generaría inseguridad jurídica, porque una misma conducta podrá producir daños a una persona y a otra no, siendo ilícita sólo en función del sujeto pasivo<sup>10</sup>, cuando no toda persona es sensible en idéntico grado a este tipo de agresiones.

<sup>7</sup> Valdés Dal-Ré, F. “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en AA.VV. Autoridad y democracia en la empresa (dir. Aparicio Tovar y Baylos Grau), Trotta, Madrid, 1992, pp.27 y ss. Palomeque López, M.C. “La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)” en Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, XVII Congreso Nacional de DTSS, Universidad de Salamanca, 2006, p.24.

<sup>8</sup> Perulli, A. *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv.giur.lav.*, 2002, I, pp.2 ss.

<sup>9</sup> Loy, G. “Il «mobbing»: profili giulavoristici”, Tratto dalla relazione dal titolo “La tutela giuridica del *mobbing* negli ambienti di lavoro” nell’ambito del Convegno “Il *mobbing*”, svoltosi a Villasimius (Ca) nei giorni 19-20-21 settembre 2004, organizzato dal Dipartimento di psicologia dell’Università di Cagliari, p.10. *Vid.* más ampliamente Rojas Rivero, G.P. *El daño por mobbing: delimitación y responsabilidades*, Bomarzo, 2017.

<sup>10</sup> Gorelli Hernández, J. y Gómez Álvarez, T. “El acoso moral...”, *op.cit.*, *idem*. Escudero Moratalla, J.F. y Poyatos i Matas, G. *Mobbing: Análisis multidisciplinar...*, *op.cit.*, pp.162 y ss. García Callejo, J.M<sup>a</sup> *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*, FSP-UGT, Madrid, 2003, pp.49 y ss., quien conecta la innecesariedad del daño con la dignidad como bien jurídico protegido en el acoso sexual. *Cfr.* Romero



Acudiendo a una doctrina social cada vez más abundante, puede afirmarse que una vez realizado el esfuerzo valorativo para intentar determinar de modo objetivo si los hechos acreditados constituyen una conducta acosadora, humillante o vejatoria, la conclusión afirmativa debe conducir a la consideración de que está afectada la integridad moral de la víctima, con independencia de que se haya conseguido probar o no un daño a la salud psíquica (SJS nº 2 Gerona 23-9-03, A.3434; SJS nº 4 Sevilla 26-12-03, A.3044), y sin perjuicio de que se puedan haber visto quebrantados otros derechos laborales y fundamentales, seguramente de forma instrumental a la conducta acosadora, por ejemplo, el art. 14 o el art. 18 CE (SSTSJ Murcia 2-12-02, rec.1246/2002, y 2-9-03, rec.935/2003; Madrid 20-3-03, rec.791/2003)<sup>11</sup>.

En definitiva, el intérprete no debe centrarse en la búsqueda del daño sino en la existencia de acoso, porque donde hay acoso hay daño. Si el empresario ha realizado, o consentido, un comportamiento calificable de acoso, no hay que demostrar que el trabajador o trabajadora ha sufrido un daño<sup>12</sup>. Es la propia conducta antijurídica la que hace surgir la vejación, el daño moral. Cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, la dignidad humana, etc., es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe *in re ipsa*<sup>13</sup>.

Es preciso destacar que en los supuestos de acoso discriminatorio por cualquiera de las razones vedadas legalmente, ni la finalidad ni el daño son elementos relevantes para el tipo jurídico que regulan, de tal manera que se confirma la tendencia objetiva frente a la subjetiva o personalista.

Por otra parte, se afirma en esta STC que el umbral de gravedad del trato degradante no puede ser de tal magnitud que se haga identificar con situaciones de “violencia psicológica extrema”. En este sentido, si bien el Alto Tribunal reconoce que no le compete definir el acoso laboral, sí deja claro que el legislador, al hacerlo, debe respetar el contenido básico fijado en la CE en relación con trato degradante y al respeto de la integridad moral, pudiendo darse diversos conceptos jurídicos de acoso laboral. En consecuencia, su protección ha de llevarse a cabo al margen de la diabólica indagación de la causa (perversidad de la conducta hostigadora, castigos encubiertos, represalias derivadas de malas relaciones, etc.). Por el contrario, el eje de la indagación jurídica debe estar, existiendo indicios de un entorno degradante u ofensivo, en la prueba por parte del empleador de que en esa situación concurre una “mínima justificación racional”, pues, en otro caso, se violará el derecho fundamental.

Finalmente, el TC lanza también un claro mensaje de favor hacia los instrumentos preventivos, en especial a los típicos protocolos de gestión psicosocial preventiva de este tipo de conflictividad. Precisamente, reprochará a la Administración General del Estado que, teniendo un protocolo a tal fin, en el que deja claro que privar a una persona largamente de ocupación efectiva es conducta típica de acoso, no lo aplicara. Así, declara en su FJ 7: *Desde la perspectiva constitucional, lo relevante es que el concepto de “acoso laboral” que resultaba aplicable (el recogido en el protocolo aprobado por la resolución de 5 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado para la Función Pública) era apto en el presente caso para canalizar la protección constitucional debida frente al trato “degradante” o lesivo de la*

Ródenas, M<sup>a</sup> J. *Protección frente al acoso...*, op.cit., p.34, quien siguiendo a Hirigoyen, M.F. *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. Paidós, Barcelona, 2001 (trad. española de *Malaise dans le travail*), p.239, señala que dado que el acosador persigue la destrucción de su víctima, resulta que la producción del daño físico o psíquico es consustancial a las conductas de acoso moral. También Aramendi Sánchez, P. “Acoso moral: su tipificación...”, op.cit., p.67 quien afirma que no resulta evidente que cualquier tipo de práctica agresiva intencionada que no hubiera, pese a la mala intención del agresor, causado daño a la víctima, deba necesariamente considerarse un atentado a algún derecho fundamental.

<sup>11</sup> Sin embargo, siguen apareciendo pronunciamientos recientes que insisten en la existencia del daño para calificar la conducta como acosadora, de “daño psíquico real” habla la STSJ Cataluña 2387/2021 (AS 1694).

<sup>12</sup> En este sentido se pronuncian los tribunales italianos en aplicación del art.2087 Codice civile.

<sup>13</sup> Rojas Rivero, G.P., *El daño por mobbing: delimitación y responsabilidades*, Bomarzo, 2017.

*“integridad moral” (art. 15 CE), así como que la administración y los órganos judiciales, al apartarse del señalado concepto, no han remediado la vulneración del art. 15 CE<sup>14</sup>.*

Se trata de un importante pronunciamiento que afronta cuestiones de concepto sobre el acoso moral o *mobbing* que habrán de servir a los tribunales para comprender mejor el fenómeno y sus efectos y, sobre todo, a las empresas y Administraciones Públicas a cuidar y poner remedio a conductas y comportamientos abusivos y arbitrarios que atentan contra la dignidad y dañan la salud de los trabajadores y trabajadoras. A esta necesidad de conceptualización del acoso moral tendrá que contribuir, sin ninguna duda, la nueva regulación internacional sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo (Convenio 190 y Rec. 206 OIT).

## 1.2 El Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo

Coincidiendo con el centenario de la OIT, la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada entre el 10 y el 21 de junio<sup>15</sup>, adoptó el Convenio nº 190 *sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*. Junto a él la Recomendación nº 206 que lo acompaña y la Resolución que invita a su ratificación. En la misma Conferencia se aprobó, por cierto, la Declaración del Centenario que propone una hoja de ruta para enfrentar los retos que supone el futuro del trabajo.

Se trata de un histórico Convenio que define la “violencia y el acoso” y recuerda a los Estados Miembros que tienen la responsabilidad de promover un “entorno general de tolerancia cero”.

Es curioso observar, por lo dicho más arriba, como la Directora del Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad de la OIT, Manuela Tomei, vinculó el acoso y la violencia en el trabajo a la dignidad de las personas, señalando que “sin respeto, no hay dignidad en el trabajo y, sin dignidad, no hay justicia social...”.

España anunció su ratificación a principios del 2020, lo que revestía especial trascendencia, pues junto al anuncio de Uruguay, se hubiera convertido en una de las dos ratificaciones necesarias para que el Tratado Internacional entrara en vigor el 25 de enero de 2020. Después sobrevino la pandemia del covid-19 y se perdió la oportunidad, ni siquiera fue país pionero de Europa como anunció, pues se le adelantaron Grecia e Italia que se sumaron a los dos primeros (Uruguay e Islas Fiji), a los que siguieron Namibia, Argentina, Somalia, Ecuador, Isla Mauricio, Sudáfrica, Reino Unido e Irlanda del Norte, San Marino, Albania, y Antigua y Barbuda<sup>16</sup>. España deposita, finalmente, su instrumento de ratificación el 25 de mayo, convirtiéndose en el 15º firmante, por lo que dicha norma entrará en vigor en nuestro país el 25 de mayo de 2023.

Se trata de una norma internacional de especial importancia en tanto reconoce que la violencia y el acoso, incluidos los que lo son por razón de género, pueden constituir una violación de los derechos humanos y una amenaza para la igualdad de oportunidades, además

<sup>14</sup> Siguiendo esta misma consideración las SSTSJ Valencia 15/2021 (AS 1060) y Castilla-La Mancha 1700/2020 (AS 355); Canarias, Las Palmas 1219/2020 (AS 436); Cataluña 1288/2021 (JUR178570). Con amplia cita de la STC 56/2019, pero desestimando el recurso, STSJ Canarias, S/C de Tenerife 267/2021 (JUR 290068).

<sup>15</sup> En el Palacio de las Naciones en Ginebra, con la participación de más de 6.300 delegados de gobiernos, empleadores y trabajadores provenientes de los 187 Estados miembros de la OIT, y más de 30 jefas y jefes de Estado y de Gobierno de todo el mundo. Se emitieron 439 votos a favor de la aprobación del Convenio y 7 en contra, y se produjeron 30 abstenciones. La Recomendación se aprobó con 397 votos a favor, 12 en contra y 44 abstenciones. Este es el primer nuevo Convenio que aprueba la Conferencia Internacional del Trabajo desde 2011, año en que se adoptó el Convenio nº 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. A 15 de abril de 2022 ha sido ratificado por 10 países.

<sup>16</sup> En Francia, la Ley nº 2021-1458 del 8 de noviembre de 2021 autoriza la ratificación del Convenio 190 de la OIT (publicada en el Diario Oficial del 9 de noviembre de 2021).

de ser inaceptables e incompatibles con el trabajo decente. Destaca la importancia de una cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad del ser humano; que la violencia y el acoso afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad y a su entorno familiar y social; que pueden impedir que las personas, en particular las mujeres, accedan al mercado de trabajo, permanezcan en él o progresen profesionalmente; que los que son de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas.

Se definen las expresiones “*violencia y acoso*” en el mundo del trabajo conjuntamente, aunque ello no es óbice se advierte, para que cada legislación nacional los defina por separado.

Entre sus principios fundamentales destaca la necesaria adopción del enfoque inclusivo por razón de género y el reconocimiento de las funciones complementarias de gobiernos, empleadores y trabajadores (art.4); así como la adopción de leyes y políticas que garanticen el derecho de igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras y trabajadores de grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad (art.6).

En el capítulo de la protección y prevención se obliga a los Estados miembros a adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y acoso en el trabajo, incluida la de género, y medidas apropiadas y eficaces para la protección, destacando la función de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal (arts.7 y 8). La ley deberá exigir a los empleadores aplicar políticas sobre violencia y acoso; tenerlos en cuenta junto a riesgos psicosociales asociados a la hora de gestionar la seguridad y salud en el trabajo; identificar y evaluar los riesgos de violencia y acoso y prevenirlos; y proporcionar información y capacitación acerca de los peligros y riesgos que entrañan y sobre las medidas de prevención y protección (art.9).

Los Estados miembros están obligados a hacer un seguimiento y control de la legislación sobre violencia y acoso; a garantizar procedimientos de quejas e investigación y de solución de los conflictos internos y externos, juzgados o tribunales, medidas de protección para víctimas, querellantes, testigos, etc., y de asistencia jurídica, social, médica y administrativa, también para las víctimas de violencia y acoso por razón de género; a proteger la privacidad y la confidencialidad; a prever sanciones; a garantizar el derecho a alejarse del lugar de trabajo sin sufrir represalias si hay motivos razonables y el deber de informar a la dirección; y a velar porque la inspección de trabajo y autoridades pertinentes estén facultadas para actuar, pudiendo ordenar medidas de aplicación inmediata o interrupción de la actividad laboral ante peligro inminente para la vida, salud o seguridad de las personas trabajadoras (art.10). Estas medidas se concretan en la Recomendación 206 con cuestiones puntuales como la indemnización apropiada por daños, tribunales con personal especializado, inversión de la carga de la prueba en procedimientos distintos de los penales, centros de crisis y acogida, unidades especializadas de policía... (puntos 14 a 17).

El art.11 se dedica a procurar que los Estados miembros, en consulta con organizaciones patronales y de trabajadores, se esfuercen por abordar en las políticas nacionales la igualdad y no discriminación [y la migración]; a que proporcionen formación, recursos y herramientas sobre violencia y acoso; y emprendan iniciativas, incluidas campañas de sensibilización. Medidas que se detallan en el punto 23 de la Recomendación 206. El 12 señala que el Convenio debe aplicarse a través de la legislación nacional, de los convenios colectivos o de otras medidas sobre seguridad y salud.

El Consejo de Administración podrá presentar a la Conferencia una Memoria de aplicación del Convenio cada vez que lo estime oportuno, pudiendo solicitar su revisión total o parcial (art.18).

Finalmente, la Resolución invita a la ratificación, a los gobiernos y organizaciones de trabajadores y empleadores a dar pleno efecto al Convenio y la Recomendación, y al Consejo de Administración a pedir al Director General a apoyar a los mandantes, a llamar la atención de las organizaciones internacionales y regionales sobre estos instrumentos con el fin de eliminar la violencia y acoso en el mundo del trabajo, y a asignar recursos en el marco de los programas y presupuestos actuales y futuros.

## **2. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA DEL ACOSO MORAL O MOBBING EN LA NORMATIVA LABORAL ESPAÑOLA**

No existe en la legislación española, conviene advertirlo, una definición de acoso moral o psicológico (*mobbing*) sin móvil discriminatorio. Sí existe del acoso sexual y por razón de sexo en el art.7 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Solo aparece nombrado en el ámbito del empleo público, con poco acierto en tanto se “confunde” con el acoso laboral. Así, en el art.14 del Estatuto Básico del Empleado Público, se contiene el derecho de los empleados públicos al *respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral* (como si los tipos discriminatorios y el moral no formaran parte del acoso laboral); y en el art.95 se califica como falta muy grave *Toda actuación que suponga discriminación..., así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo* en la letra b); y el acoso laboral en la letra o). No se explica el desacierto legislativo respecto de la conceptualización de los distintos tipos de acoso.

Es lamentable, también, que no se haga referencia alguna en la LISOS al acoso no discriminatorio, mientras que es loable, en fin, que en el terreno procesal, desde la Ley 36/2011, el acoso (a secas, como acoso laboral que acoge a todos los tipos, discriminatorios o no) aparezca como materia competencia del orden jurisdiccional social, tutelable junto al resto de derechos fundamentales (art.2); en el art.95 para contemplar la posibilidad de que intervengan en juicio como expertos organismos públicos competentes; en el art.96 para aplicarle la inversión de la carga probatoria; en el art.177 para considerar legitimadas activamente a las personas que sean víctimas de acoso y pasivamente a empresario o terceros responsables, con independencia de la conexión que mantengan con la empresa; en el art.180 a efectos de solicitar medidas cautelares en las demandas de acoso; en el 286 para permitir que la potencial readmisión, consecuencia de la nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo (de nuevo como si el acoso sexual o por razón de sexo no fueran laborales y llamando laboral, se supone, al moral) sea una opción de la víctima, que podrá sustituirla por la indemnización del art.281.2; y, finalmente, en el art.297, para reconocer a la víctima de acoso, en ejecución provisional, el derecho a trabajar y a cobrar el salario, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse, en especial para la protección frente al acoso, en los términos del apartado 4 del artículo 180. En el art.151, sin embargo, en coherencia con su inexistencia en la LISOS, en el proceso de impugnación de sanciones administrativas, sólo se habla del acoso laboral sexual y por razón de sexo.

El acoso moral o *mobbing*, por tanto, aun cuando recibe protección expresa en la ley procesal, carece, sin embargo, de una regulación específica en nuestro ordenamiento, pues ni se define (como es el caso de los tipos de acoso discriminatorio), ni se contempla como causa de despido en el art.54 LET (sólo el discriminatorio y para supuestos de acoso vertical ascendente y horizontal), ni como causa de resolución del contrato a instancia del trabajador en el art.50 LET (para el caso, más frecuente de acoso vertical descendente, de cualquier

tipo), ni como falta administrativa en la LISOS. Eso sí, desde 2015 puede ser una conducta constitutiva de delito (art.173.1, 2º CP).

### 3. UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN

Ha llegado el momento, tras la ratificación del Convenio 190, de que se afronte una regulación específica del acoso laboral no discriminatorio, esto es, del acoso moral o *mobbing*. Primero, acabando con la confusión derivada de la falta de delimitación conceptual de la regulación ya existente, tanto en la ley procesal como en la LISOS, por no hablar de la confusión que generan los arts.172 ter (*stalking*), 173 y 184 del Código Penal. Segundo, introduciendo una definición normativa, aunque se presenten dudas sobre la norma en que debiera albergarse la misma, dado que se ven afectados derechos constitucionales. Téngase en cuenta que las definiciones de acoso discriminatorio, por razón de sexo y sexual, se encuentran en el art.7 de la LOI 3/2007, así como en el art.184 del Código Penal, donde se recoge el delito de acoso sexual en el ámbito laboral, docente o de cualquier prestación de servicios. Por su parte, el art.173.1, 2º del Código penal, regula el acoso, no discriminatorio, en tanto lo vincula a la lesión de la integridad moral, "... Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima". Se trata en ambos casos de leyes orgánicas, en tanto que el acoso discriminatorio lesiona el derecho de igualdad y de no discriminación. Pero también resulta indubitado que el acoso moral lesiona en la mayoría de los casos, la integridad física y moral, además de la dignidad de la persona. Sin embargo, al tratarse simplemente de una definición válida a los efectos de su mera identificación, sin mayor regulación de aspectos que puedan afectar al ejercicio de derechos fundamentales, no parece que exista obstáculo alguno a que la norma que lo haga no sea orgánica. Desde luego, lo que no puede seguir ocurriendo es, primero, que se confunda en el EBEP, el acoso laboral con el moral y que aparezca, como algo distinto, el acoso por razón de sexo y sexual; eso debe corregirse. Tercero, en la LISOS debe recogerse la infracción de acoso moral y, por tanto, no discriminatorio, debiendo aparecer en el catálogo de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales y no sólo en materia de relaciones laborales. Cuarto, en la LET el acoso moral debe figurar como causa de despido, en el art.54.2, junto al resto de supuestos de acoso discriminatorio, donde por cierto, con buen criterio, aparecen no sólo el sexual y por razón de sexo, sino también por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (ambos supuestos derivados de la transposición de las Directivas antidiscriminatorias 2000/78 y 2000/43). Quinto, el acoso, en este caso en cualquiera de sus tipos, deberá también aparecer como causa justa que da derecho a las personas trabajadoras a solicitar la rescisión del contrato por la vía del art.50.1 LET, por resultar insuficiente la regulación que actualmente deja en manos del juez o jueza la consideración de que tales conductas encajan en un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales de la letra c). Y sexto, de la misma manera, es necesario que el acoso moral se recoja dentro de los derechos de los trabajadores del art.4.2, e) LET junto a la protección que ya figura del acoso discriminatorio.

La definición contenida en el Convenio 190 de "violencia y acoso" en el mundo del trabajo es la siguiente: "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". Se trata de una definición que pretende englobar los distintos tipos de acoso, pues

dice incluir la violencia y el acoso por razón de género, para el que se ofrece a continuación otra definición, que sería la de “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).

En España ya contamos con definiciones expresas del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, que creo que pueden considerarse ajustadas al Convenio 190, salvo que se tome la decisión de cambiar el término sexo por género por considerarlo más ajustado a la real identificación de las personas con los roles y expectativas que tiene la sociedad sobre conductas, pensamientos y características que acompañan al sexo asignado a cada persona. A su vez, es posible afirmar que la experiencia acumulada en la aplicación de las normas sobre acoso sexual y por razón de sexo, a cuyo amparo se han ido estableciendo medidas de protección similar para el acoso no discriminatorio, ha permitido que se haya recorrido ya un importante camino en materia preventiva, en particular, a través de los Protocolos antiacoso que, con carácter general (sin distinción o haciéndola, entre los distintos tipos de acoso laboral), se han ido estableciendo en Administraciones y empresas. Ello no es óbice para que, aprovechando la ratificación del Convenio 190, se actualicen las medidas y, sobre todo, se corrija una regulación que ignora, con carácter expreso, la existencia del acoso moral.



**APUNTES SOBRE EL SUICIDIO DEL TRABAJADOR: REALIDADES  
ANTAGÓNICAS Y CLAVES DE UNA ESTRATEGIA PREVENTIVA**

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

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

Universidad de Cantabria

SUMARIO:

1. SALUD MENTAL, RIESGO PSICOSOCIAL Y SUICIDIO
2. SUICIDIO, ORIENTE Y OCCIDENTE: ¿DOS REALIDADES ENFRENTADAS?
3. REFLEXIONES FINALES: EL CAMINO EN LA PREVENCIÓN DEL SUICIDIO



## 1. SALUD MENTAL, RIESGO PSICOSOCIAL Y SUICIDIO

El presente estudio tiene por objeto la prevención de riesgos laborales conducentes al suicidio del trabajador, orillando, en consecuencia, el análisis del tránsito de su calificación como contingencia de seguridad social<sup>1</sup>.

En esta andadura, como tiempo ha advirtiera el Centro Nacional de Condiciones de Trabajo en relación con el abordaje de los problemas de salud laboral del siglo XXI, “difícilmente vamos a poder desligar la causa laboral de los estilos de vida y otros factores extralaborales”<sup>2</sup>. En idéntica línea se ha manifestado la UE, máxime con las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías y exponencialmente utilizadas con motivo del COVID-19, en particular en relación con el trabajo a distancia, sobremanera el teletrabajo<sup>3</sup>.

Esta dificultad de deslindar lo personal de lo laboral es particularmente cierta en relación con el suicidio, dado que la conducta suicida “constituye un problema complejo y multifactorial, nunca tiene una única causa (...) y siempre se desarrolla debido a interacciones entre factores de riesgo en combinación con la falta de factores protectores”. Factores de riesgo que no son estáticos a lo largo de la vida y pueden ser diferentes de un país a otro<sup>4</sup>.

Comportamiento suicida que puede ser visto “como la consecuencia de una interacción entre factores biológicos, psicológicos, sociales y psiquiátricos”. Entre los factores sociales se citan circunstancias relacionadas con el trabajo, como el estrés laboral, la intimidación y el acoso en el trabajo y el desempleo, factores que pueden aumentar la probabilidad de que las personas vulnerables presenten conductas suicidas<sup>5</sup>.

Suicidio del trabajador que, en otras palabras, puede, en definitiva, “ser el resultado de una interacción compleja entre las vulnerabilidades individuales (tales como problemas de salud mental) y las condiciones de trabajo estresantes”<sup>6</sup>. Amén de lo anterior, la empresa ha de contemplar la afectación en su ámbito, a su plantilla, de suicidios ajenos a su realidad.

Posiblemente una de las razones de la insuficiente, a nuestro modo de ver, atención normativa del suicidio, que no deja de ser un posible desenlace de una causalidad que es

<sup>1</sup> Desde su consideración como enfermedad común pasando por la de accidente no laboral hasta llegar al de trabajo “de concurrir la conexión causal oportuna entre la decisión autolítica y la actividad profesional”, con el importante hito de la STS 25 septiembre 2007 (rec. 5452/2005). 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*, Volumen 10, número 1, enero-marzo de 2022, p. 213. ADAPT University Press. ISSN 2282-2313, pp. 213 y 221 y ss. Otras fuentes son VV.AA., *El suicidio del trabajador y su calificación en el Derecho social*, (Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.), Albacete (Bomarzo), 2018, 101 páginas; Molina Navarrete, C.: “Suicidio, accidente laboral y riesgo profesional: ¿hora de reanalizar el desbordamiento de un concepto?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm.395, 2016, págs. 162 y ss. Espacios que, naturalmente, están profundamente imbricados, porque la protección puede derivar de un incumplimiento preventivo originador del trágico desenlace o por el puente natural entre prevención y reparación conformado por la posibilidad de recargo de las prestaciones por infracción de medidas preventivas, siendo pensable una eventual responsabilidad civil añadida.

<sup>2</sup> Centro Nacional de Condiciones de Trabajo, “El futuro de la prevención”, NTP 1000, INSHT, 2014, p. 3.

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 COM (2014) 332 final. Entrecomillado, página 11.

<sup>4</sup> Entre los factores de riesgo estarían “la enfermedad psiquiátrica (p.e.: trastorno depresivo, trastorno por abuso de sustancias), enfermedad médica (p.e.: una condición médica que cause un dolor crónico), tempranas experiencias vitales negativas (p.e.: pérdida de los progenitores a una edad temprana, abuso), rasgos de personalidad (p.e.: desesperanza, impulsividad) y conducta suicida previa”. Entre los factores protectores, cabe una autoimagen positiva, una buena capacidad para la resolución de problemas, conductas adecuadas para la búsqueda de ayuda y apoyo social. Dumon, E. Y Portzky, G., “Prevención y manejo de la conducta suicida. Recomendaciones para el ámbito laboral”, Proyecto EUREGENAS, 2014, pp. 24 y 25.

<sup>5</sup> Dumon, E. Y Portzky, G., “Prevención y manejo...”, p. 7.

<sup>6</sup> Fernández Avilés, J.A. y Martínez Ortiz, S., “El suicidio en el trabajo como riesgo a prevenir”, *Boletín informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales*, núm. 31, noviembre de 2019, pp. 2, 4 y 5.

la que en realidad merece una mayor atención<sup>7</sup>, es que su complejidad descansa sobre extremos, laborales y no, tardíamente atendidos. Así, comenzando por este último prisma, el suicidio es resultado, en la mayoría de los casos, de una genérica patología de salud mental, de un trastorno mental al margen de la relación laboral<sup>8</sup>. Siendo conscientes de que salud mental y física están claramente relacionadas entre sí, de manera que el padecimiento de una compromete y tienen efectos sobre la otra<sup>9</sup>.

Siendo esto así, la adecuada atención al mismo se ve perjudicada por la constatable demora que presenta la atención a la salud mental en general y, en particular, en el nivel de atención primaria, que no se produce en nuestro país hasta la Ley de Cohesión y Calidad del año 2003. Insuficiencias, demora, más graves en un contexto pandémico y tecnológico<sup>10</sup>.

Por lo que respecta al ámbito laboral, el trabajo puede comprometer la salud mental, y claramente lo hace en lo que más nos interesa ahora, pero “por lo general, es bueno tanto para la salud mental como para la salud física”<sup>11</sup>. No obstante ello, el número de casos de suicidio relacionados con el trabajo no es tampoco marginal<sup>12</sup>. Especialmente, trae consecuencia de factores de riesgos psicosociales originados en el trabajo y que afectan de manera relevante la salud mental del trabajador<sup>13</sup>.

Riesgos psicosociales que, alejándonos de la órbita que contempla la calificación como accidente de trabajo de ciertas situaciones como un “desbordamiento del marco del riesgo profesional”<sup>14</sup>, constituyen claramente “riesgos laborales” del art. 4 LPRL de obligatoria prevención, aunque «la ampliación del concepto tradicional de “riesgo laboral” introducido expresamente por dicha Ley, no ha sido asumido aún adecuada y plenamente por los

---

<sup>7</sup> De hecho, más allá de la prevención del suicidio motivada por una mala organización del trabajo, ha de corregirse ésta como determinante de cualquier tipo de deterioro de la salud física o psíquica del trabajador pues “el suicidio es el resultado extremo, pero es obvio que antes del mismo el trabajador que decide tomar esa decisión ya ha padecido graves daños físicos y/o psicológicos en su salud”. <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2010/01/16/el-suicidio-como-riesgo-laboral-escribe-maria-luisa-martin-herandez-a-partir-del-caso-renault/>. Consultado el día 5 de junio.

<sup>8</sup> Como evidencia, por ejemplo, la Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud para el periodo 2022-2026, aprobada el 2 de diciembre de 2021. Indicando que la proporción de suicidio consumado asociado a trastorno mental es alrededor del 80-90 % (hay problemas de salud mental que favorecen la aparición de tendencias suicidas), siendo la cuestión que parece ser común en el suicidio la existencia de un gran sufrimiento emocional (p. 79). Atendiendo a la OMS, “los trastornos mentales ocurren cuando existen problemas en el funcionamiento cognitivo, emocional o perceptual de una persona causando disfunción significativa en una o más áreas del desempeño social u ocupacional... Es importante distinguir los trastornos mentales (o enfermedades) de los problemas de salud mental más genéricos y menos serios que pueden conducir a breves periodos de confusión emocional y dificultades temporales para afrontar los problemas”. Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias OMS, “Prevención del suicidio. Un instrumento en el trabajo”, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2006, ISBN 92 4 159438 1 (Clasificación LC/NLM: HV 6545) ISBN 978 92 4 1594387, pp. 7 y 8.

<sup>9</sup> Richard Wynne, Véronique De Broeck, Karla Vandebroek, Stavroula Leka, Aditya Jain, Irene Houtman, David Mcdaid, Ah-La Park “Promover la salud mental en el puesto de trabajo. Guía para la aplicación de un enfoque integral”, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones de la UE), 2017, PDF ISBN 978-92-79-66316-1, p. 14.

<sup>10</sup> Como recientemente recuerda la Comisión Europea en el COM (2020) 64 final “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica” cuando señala que el «comportamiento» futuro de las aplicaciones de IA podría generar riesgos para la salud mental de los usuarios, derivados, por ejemplo, de su colaboración con robots y sistemas con IA humanoide, en entornos de trabajo.

<sup>11</sup> Richard Wynne, Véronique De Broeck, Karla Vandebroek, Stavroula Leka, Aditya Jain, Irene Houtman, David Mcdaid, Ah-La Park “Promover la salud...”, p. 12.

<sup>12</sup> Entre otros factores de riesgo cualificada doctrina apunta así la pérdida de empleo o el estrés laboral y otros factores relacionados con el trabajo. Fernández Avilés, J.A. y Martínez Ortiz, S., “El suicidio en el trabajo como riesgo a prevenir”, *Boletín informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales*, núm. 31, noviembre de 2019, p. 2.

<sup>13</sup> Una depurada relación de estos factores laborales conducentes al suicidio del trabajador a la luz del pormenorizado análisis de, en particular, nuestra doctrina de suplicación puede consultarse en Fernández Domínguez, J.J. y Prieto Padín, P., “Trabajo y suicidio...”, pp. 230 y ss.

<sup>14</sup> De ello habla, por ejemplo, Cardenal Carro, M., “El suicidio como accidente de trabajo en la STS 25 septiembre 2007: ¿se anuncia una modificación en la interpretativa restrictiva del art. 115 LGSS característica de la Jurisprudencia reciente?”, *Aranzadi Social* núm. 17/2007, p.3.

empresarios –y muchas veces tampoco por los trabajadores–, lo que está dando lugar a una escasa e ineficaz actividad preventiva frente a los mismos»<sup>15</sup>.

Nuevamente, pese a advertirse desde hace tiempo la trascendencia de la protección frente a los riesgos psicosociales cara a una eficaz protección de la salud del trabajador (STC 62/2007), y no obstante las innumerables referencias de infinidad de documentos, cabe entender que no es sino hasta la Norma ISO 45003 que no existe una conceptualización estandarizada de los mismos<sup>16</sup>. Atención a los riesgos psicosociales que se ha acentuado enormemente en los últimos tiempos, como acredita, por ejemplo, el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. Este mismo año 2022 el INSST elabora y edita unas *Directrices básicas para la gestión de los riesgos psicosociales* que, si bien no incluye mención alguna al suicidio, están llamadas a contribuir a la identificación de los factores de riesgo psicosocial y a precisar la evaluación de los mismos.

## 2. SUICIDIO, ORIENTE Y OCCIDENTE: ¿DOS REALIDADES ENFRENTADAS?

Una muerte vinculada al trabajo que la cultura jurídica japonesa ha categorizado de una forma claramente más perfilada. Se diferencia así el *Karoshi* o “muerte por exceso de trabajo” (“karo” es exceso de trabajo y “shi” muerte) en entornos laborales muy exigentes, por razones de producción y productividad; el *Karou-jisatsu*, suicidios ligados usualmente a problemas de salud mental originados como consecuencia de su prestación laboral; y, completando esta tríada letal, el *karo-jikoshi* o muerte por accidentes ocasionados por el exceso de trabajo.

El *karoshi* se observa por primera vez en el año 1969, si bien se conceptúa como tal *karoshi* a finales de los años 70<sup>17</sup>, reconociendo en 2017 el Gobierno japonés 236 muertes de este tipo. La doctrina explica el *karoshi*, y el desbordado modelo de “productividad competitiva” que lo ha generado, tratando de elaborar un modelo biopsicosocial que integre todo tipo de factores. De estos factores, los exógenos (culturales, climáticos, geográficos, etc.) parecen determinar la diferencia –y mayor gravedad de la situación– de Japón y el Este Asiático respecto de otras realidades<sup>18</sup>.

La propia OMS apunta que en los “países asiáticos la relación entre el estrés laboral y la salud física y mental, la moral del trabajador y la satisfacción laboral es similar a la

<sup>15</sup> <https://wilfredoanguineti.wordpress.com/2010/01/16/el-suicidio-como-riesgo-laboral-escribe-maria-luisa-martin-hernandez-a-partir-del-caso-renault/>. Consultado el día 5 de junio.

<sup>16</sup> Norma ISO 45003 “Gestión de la seguridad y salud en el trabajo. Seguridad y salud psicológicas en el trabajo. Directrices para la gestión de los riesgos psicosociales”. Disponible en <https://www.une.org>. ISO 45003 que, según advierte, ha de ser utilizada junto a la Norma ISO 45001, que contiene requisitos y orientación sobre la planificación, implementación, revisión, evaluación y mejora de un sistema de gestión de la SST. ISO 45003 que relaciona los peligros psicosociales con la forma en que se organiza el trabajo, los factores sociales en el trabajo y los aspectos del ambiente de trabajo, los equipos y las tareas peligrosas. Que, a su vez, relaciona el riesgo psicosocial con el potencial de estos tipos de peligros de causar diferentes resultados en la salud, la seguridad y el bienestar individuales y en el desempeño y la sostenibilidad de la organización. Tiempo antes de la misma, el proyecto PRIMA-EF, financiado por la Comisión Europea, propuso un marco europeo para la gestión de los riesgos psicosociales. Como parte de esta labor, realiza una recopilación de los diez tipos principales de peligros psicosociales existentes en el lugar de trabajo. Riesgos cuya identificación y evaluación puede efectuarse mediante la aplicación del método denominado ISTAS21(CoPsoQ). Entre otra doctrina que aborda el análisis de estos riesgos cabe citar, por ejemplo, a Arrieta Idiákez, F.J., “Negociación colectiva y prevención de riesgos psicosociales”, *Lan Harremanak*, 2020, 44, pp. 241 a 254. ISSN 1575-7048-eISSN 2444-5819.

<sup>17</sup> Behrooz Asgari, Peter Pickar and Victoria Garay, “Karoshi and Karou-jisatsu in Japan: causes, statistics and prevention mechanisms”, *Asia Pacific Business & Economics Perspectives*, winter 2016, 4(2), pp. 53, 55 y 56.

<sup>18</sup> Esta tipología de factores comprendería los siguientes: genéticos, partiendo del hecho de que parte de nuestro material genético está codificado para la supervivencia; individuales del comportamiento humano, que también se mueve por el instinto de supervivencia, compitiendo por recursos limitados; organizacional, pues en cierto momento

encontrada en los países occidentales”. Pero que “las fuentes de estrés en el lugar de trabajo difieren notablemente<sup>19</sup>.

El karo-jisatsu, por su parte, resulta de una “combinación de dolencias físicas y psicológicas como el incumplimiento de las expectativas del empleador, el aumento de la responsabilidad laboral o el trabajo relacionado con el estrés, que desembocan en el suicidio por exceso de trabajo”<sup>20</sup>. Una causalidad que, si bien responde a la singularidad cultural nipona también constituye el resultado de un riesgo psicosocial o de trastornos mentales vinculados, en lo que nos interesa, o no a aquellos.

En un análisis efectuado desde el año 1997 hasta el año 2011 su presencia es creciente, superando este último año la cifra de 60 muertes indemnizadas, según datos del Ministerio de Trabajo, cifras probablemente muy inferiores a las reales. Y, continuando la clara tendencia creciente del suicidio como realidad común. Tendencia que, volviendo al plano de nuestra disciplina, muestra además una clara relación con las tasas de desempleo, afectando en mayor medida al grupo de edad comprendida entre 50 y 59 años<sup>21</sup>.

Completando estas cifras, la proporción de casos de suicidio entre trabajadores que solicitaron una indemnización por trastornos mentales era del 60% en 1999, porcentaje que ha disminuido sustancialmente debido al el aumento del número total de reclamaciones pero que se mantiene en torno al 15% desde el año 2007. La proporción de casos de suicidio a indemnizar también ha disminuido, pero se mantiene cerca del 20%<sup>22</sup>.

La proporción de personas que trabajan en exceso -las jornadas largas se definen como más de 45 horas extras al mes (o más de 51 horas semanales) en Japón- es mucho mayor en Asia que en los países occidentales. Habiéndose detectado que “la cultura del exceso de horas de trabajo se ha extendido más allá de Japón, junto con la expansión económica, y se ha extendido a otros países asiáticos, sobre todo del este”. En la actualidad, Japón, Corea y Taiwán son los únicos países que identifican específicamente las enfermedades cardiovasculares y cerebrovasculares cardiovasculares y cerebrovasculares debidas a una gran carga de trabajo<sup>23</sup>.

De todos aquellos factores analizados en la realidad nipona, el cultural tiene, entre otros, un especial peso, habiéndose expresado que la realidad japonesa hunde sus raíces en un tránsito entre la “have generation” y la “do o workaholic generation”, y consiguiente tránsito del débito hacia el Estado hacia el débito hacia la empresa, y entendimiento de la entrega a ésta como forma de promoción en su seno<sup>24</sup>.

---

histórico el comportamiento productivo de las organizaciones imita el comportamiento productivo genético y humano, cooperando y compitiendo unas frente a otras; cultural, una evolución que se produce rápidamente frente a la genética que tarda milenios, en algunas ocasiones tendiendo hacia la predisposición genética, en otras, como en el karoshi, en su contra. Existirían también factores geográficos y, como corolario, el “argi-clima”, dada la mucho mayor afectación del Este Asiático y de Japón frente a los países occidentales (la existencia histórica de una cultura del arroz que, frente a la del trigo europea, es mucho más demandante en términos de intensidad de trabajo es una posible explicación), de historia evolutiva (replicando los modelos de economía competitiva primitivos en la modernidad), y considerando la homogeneidad étnica y cultural de Japón. “Productividad competitiva” desbordada que los avances tecnológicos, que normalmente impedirían el exceso de trabajo, no logran contrarrestar por nuestra esencia histórica como “buscadores de comida”. Andrew R. Timming, «Why competitive productivity sometimes goes too far: a multilevel evolutionary model of “karoshi”», *Cross Cultural & Strategic Management*, Vol. 28 No. 1, 2021, pp. 96 a 1907.

<sup>19</sup> Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias OMS, “Prevención del suicidio...”, p. 10.

<sup>20</sup> Behrooz Asgari, Peter Pickar and Victoria Garay, “Karoshi and Karo-jisatsu...”, p. 50.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 53, 55 y 56.

<sup>22</sup> Takashi Yamauchi, Toru Yoshikawa, Masahiro Takamoto, Takeshi Sasaki, Shun Matsumoto, Kotaro Kayashima, Tadashi Takeshima And Masaya Takahashi, “Overwork-related disorders...”, p. 295.

<sup>23</sup> Hisashi Eguchi, Koji Wada, Derek R. Smith, “Recognition, Compensation, and Prevention of Karoshi, or Death due to Overwork”, *JOEM*, Volume 58, Number 8, August 2016, p. 313.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 49.

En todo caso, la razón de esta excesiva jornada japonesa no parece estribar en la jornada ordinaria legalmente establecida, formalmente 1710 horas de media en el año 2017, sino en la elevada entidad de jornada no declarada, y en el hecho de que, si bien la *Ley de Normas de Trabajo* de 1947 establece una jornada de 40 horas semanales, la negociación colectiva puede ampliarla pactando una jornada extraordinaria sin limitaciones<sup>25</sup>. Además, muchas horas trabajadas pueden no ser categorizadas como tales<sup>26</sup>.

Exceso de número de horas de trabajo que conlleva un mayor riesgo de accidente cerebrovascular y presenta también una asociación, más débil, con la enfermedad coronaria. En concreto, el aumento del riesgo de incidencia del 13% en el caso de las enfermedades coronarias y del 33% en el de los accidentes cerebrovasculares<sup>27</sup>.

Esta realidad explica que en el año 2002 el Ministerio de Salud, Trabajo y Bienestar de Japón pusiera en marcha el primer programa integral de prevención del deterioro de la salud causado por el exceso de trabajo, centrándose en tres áreas principales: reducir las horas extraordinarias a 45 horas o menos al mes; introducir exámenes médicos para todos los trabajadores; y ofrecer consultas médicas para los que tienen exceso de trabajo<sup>28</sup>. Pese a ello, el número de casos de *Karoshi* ha sido creciente, estando especialmente presente en el transporte de mercancías por carretera, empresas de servicios diversos y en construcción. Y, por puestos de trabajo, en transportistas y operadores de maquinaria<sup>29</sup>.

Como posibles causas del mejorable funcionamiento de aquel Programa citado, se apuntan las culturales propias de la sociedad japonesa, incluida su falta de atención al mensaje de “alerta” emitido, y la compleja identificación de los factores de riesgo del *karoshi* más allá de las largas jornadas. Así, por ejemplo, de las cuestiones relacionadas con las prácticas empresariales de trabajo irregular, el trabajo por turnos, las prácticas empresariales y el estilo de vida o los riesgos psicosociales. Riesgos, todos ellos, identificados en las Directrices de Diagnóstico de la Enfermedad Cardiovascular laboral en Japón<sup>30</sup>.

La entidad del problema condujo finalmente a la aprobación de la *Ley para Promover Medidas Preventivas contra el Karoshi y otros trastornos de la salud derivados del exceso de trabajo*, en el año 2014. Ley que tampoco ha resuelto la cuestión<sup>31</sup>. Y cuyo art. 2 define el *Karoshi* como cualquiera de los siguientes fenómenos: muerte por enfermedad cerebrovascular o isquémica del corazón debido a carga de trabajo excesiva; suicidio causado por un trastorno mental debido a un estrés grave en el trabajo; y enfermedad cerebrovascular o isquémica del corazón debida a una excesiva carga de trabajo o un trastorno mental debido a un estrés grave en el trabajo (definida por la aparición de una afección y que no conduce necesariamente a una fatalidad)<sup>32</sup>. A sus efectos, al menos, parece integrar el *Karou-jisatsu* como una modalidad de *Karoshi*.

<sup>25</sup> Behrooz Asgari, Peter Pickar and Victoria Garay, “Karoshi and Karou-jisatsu...” p. 58.

<sup>26</sup> Andrew R. Timming, “Why competitive productivity...” p. 97.

<sup>27</sup> Hisashi Eguchi, Koji Wada, Derek R. Smith, “Recognition, Compensation, and Prevention of Karoshi, or Death due to Overwork”, *JOEM*, Volume 58, Number 8, August 2016, p. 313.

<sup>28</sup> Hisashi Eguchi, Koji Wada, Derek R. Smith, “Recognition, Compensation and...” p. 313.

<sup>29</sup> Atendiendo a las reclamaciones presentadas. Behrooz Asgari, Peter Pickar and Victoria Garay, “Karoshi and Karou-jisatsu...” pp. 61, 63 y 65. Otro análisis detallado por puestos de trabajo, atendiendo a los daños cardiovasculares, cerebrales y trastornos mentales compensados en Takashi Yamauchi, Toru Yoshikawa, Masahiro Takamoto, Takeshi Sasaki, Shun Matsumoto, Kotaro Kayashima, Tadashi Takeshima and Masaya Takahashi, “Overwork-related disorders in Japan: recent trends and development of a national policy to promote preventive measures”, *Industrial Health*, 2017, 55, 299 y 300.

<sup>30</sup> Hisashi Eguchi, Koji Wada, Derek R. Smith, “Recognition, Compensation, and...” p. 313.

<sup>31</sup> De hecho, de abril de 2018 a marzo de 2019, el Ministerio de Salud, Trabajo y Bienestar de Japón (2019) informó de 2.697 solicitudes de indemnización de trabajadores relacionadas con el *karoshi*, 877 solicitudes por enfermedad cerebral y 1.820 solicitudes por enfermedad mental; el número real puede ser considerablemente mayor. Andrew R. Timming, “Why competitive productivity...” p. 97.

<sup>32</sup> Hisashi Eguchi, Koji Wada, Derek R. Smith, “Recognition, Compensation, and...” p. 313.

Ley de 2014 que obliga a investigar las muertes y enfermedades relacionadas con el trabajo, así como a adoptar medidas para acelerar su prevención, tales como actividades de divulgación y sensibilización, encuestas e investigación y la presentación de informes anuales sobre los progresos realizados. Aunque el Gobierno, los empresarios y los particulares deben cooperar con la Ley, en la actualidad no existen sanciones por su incumplimiento<sup>33</sup>. La Ley tampoco establece nuevos derechos para los trabajadores, ambos *Karoshi* y *Karou-jisatsu* contaban, con anterioridad a la Ley y siguen contando, con un sistema de compensación.

El suicidio no es, obviamente, una cuestión singular de Japón o del Este Asiático, se presenta a nivel mundial. La OMS ha venido realizando un seguimiento de la salud mental y del suicidio, presentando una serie de datos de gran interés. Entre otros, que en una empresa de 1.000 trabajadores, entre 200 y 300 de ellos sufrirán un serio problema de salud mental y que cada diez años un trabajador cometerá suicidio. Que por cada trabajador que se suicida, otros 10-20 trabajadores lo intentarán. Y atribuye al suicidio el 8% de todos los días de trabajo perdidos debido a muerte del trabajador<sup>34</sup>. Estimando que, a nivel mundial, el porcentaje de personas con discapacidad debido a trastornos mentales aumentará casi un 5%, desde el 10.5% en 1990 a 14.7% en 2020<sup>35</sup>.

Las cifras que ofrece arrojan también un claro descenso en el número de suicidios. Concretamente, entre el año 2000 y el año 2019 la tasa mundial estandarizada de suicidio por edad decreció un 36%, un 47% en la Región Europea<sup>36</sup>. En el año 2012 estimaba se habían producido 804 000 suicidios en el mundo, 11.4 por cada 100.000 habitantes, claramente más hombres que mujeres, cifras que advierte ser muy probable sean inferiores a las reales, resultando infradeclarado, dada la sensibilidad de la materia y que en algunos países es incluso ilegal<sup>37</sup>.

Siete años después, en el año 2019, aquella cifra había descendido hasta 703.000 víctimas por año, advirtiendo que sigue siendo una de las principales causas de muerte en el mundo, con más incidencia que la malaria, el sida, el cáncer de pulmón, las guerras o los homicidios, concretamente el 1.3% de las muertes mundiales<sup>38</sup>. Un número que, no obstante, dados los factores de riesgo, podría resultar procíclico en relación con las crisis, financiera y pandémica, agravándose.

En lo que más nos interesa, la realidad europea no es tan severa y, en un contexto de diálogo sobre la implantación de la jornada de cuatro días semanales, no es tan inquietante si miramos el exceso de tiempo de trabajo como factor de riesgo. Lo cual no permite manifestar su irrelevancia, considerando que los trastornos mentales están en aumento en la UE. Y los antecedentes de todos conocidos<sup>39</sup>.

Más allá de su real impacto (aunque menos relevante) desde el punto de vista económico<sup>40</sup>, en el año 2008 se calculaba que casi 50 millones de ciudadanos europeos (cerca del 11% de la población) presentaban trastornos mentales, produciéndose cerca

<sup>33</sup> Hisashi Eguchi, Koji Wada, Derek R. Smith, "Recognition, Compensation, and...", p. 313.

<sup>34</sup> Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias OMS, "Prevención del suicidio...", p. 6.

<sup>35</sup> Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias OMS, "Prevención del suicidio...", p. 8.

<sup>36</sup> WHO, "Suicide worldwide in 2019. Global Health Estimates", Ginebra, WHO, 2021, ISBN 978-92-4-002664-3 (electronic version) ISBN 978-92-4-002665-0 (print versión), p.11.

<sup>37</sup> WHO, "Preventing suicide. A global imperative", Ginebra (WHO), 2014, ISBN 978 92 4 156477 9, p. 10.

<sup>38</sup> WHO, "Suicide worldwide in 2019...", p.1.

<sup>39</sup> Destaca probablemente el caso de la empresa France Télécom y sus 35 suicidios en dos años, 2008 y 2009. *Boletín de Noticias Comfia-Info*. Resumen diario de 06 jul 2012. En diciembre de 2019 la empresa es condenada a pagar una multa de 75.000 euros y los ejecutivos condenados a un año de cárcel, con ocho meses de suspensión de pena, y a pagar una multa de 15.000 euros por haber aplicado una política agresiva de reducción de efectivos.

<sup>40</sup> En el año 2000 se estimaba que el costo de salud de los enfermos mentales representaba entre el 3 y 4% del producto interno bruto en los 15 estados de la Unión Europea. Una gran proporción de estos costos (probablemente una tercera parte o más) estaban directamente relacionados con la pérdida de productividad. Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias OMS, "Prevención del suicidio...", p. 13.

de 58.000 suicidios al año<sup>41</sup>. Una Europa en que los datos aportados por EUROFOUND hablaban ya en el año 2007 de que el 22,3% de los trabajadores afirman sufrir estrés en el trabajo, o señalaban en el año 2012 que el 4% de los trabajadores denunciaron haber sufrido intimidación y/o acoso en el año anterior<sup>42</sup>. En la UE-27, en el año 2016 se producían 10,8 muertes por suicidio por cada 100 000 habitantes<sup>43</sup>. En España, la tasa bruta de suicidio en 2019, fue de 7.7 personas por 100.000 habitantes<sup>44</sup>.

### 3. REFLEXIONES FINALES: EL CAMINO EN LA PREVENCIÓN DEL SUICIDIO

La falta de atención normativa anteriormente señalada encuentra en la actual tesitura un momento crucial para fortalecer y, si cabe, enderezar el cambio de rumbo ya existente en torno a la salud mental y los riesgos laborales asociados al suicidio. Pensamos, en concreto, en la consideración como derecho fundamental en el trabajo de la protección de la seguridad y salud laboral. Consideración resultante de su incorporación como quinto pilar a la *Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998*, según decisión de la Conferencia Internacional de Trabajo de la OIT adoptada el día 10 de junio de 2022. Los Convenios 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981, 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud de los trabajadores, de 2006, pasan a ser con ello convenios fundamentales de la OIT<sup>45</sup>.

La, brevemente apuntada, realidad nipona puede servir, *mutatis mutandi*, de guía o, al menos, de ayuda para afrontar la nuestra propia<sup>46</sup>. En efecto, la categorización de las muertes por causa laboral; la clara infradeclaración; el análisis debido de las patologías más asociadas a esta fenomenología buscando su causalidad; la clara ordenación normativa de aquellos aspectos más asociados a estos riesgos, como el exceso de jornada o la preocupación derivada de la inestabilidad laboral, entre otros, son elementos a considerar. Y ello sin olvidar que el exotismo de los nombres no ha de prevalecer, tampoco en cuanto a la consideración de su novedad, sobre la medida en que sus soluciones puedan ser ya una realidad en nuestro propio ordenamiento jurídico.

Sin olvidar, además, que cada cultura tiene su propio sesgo y estigmas. Y que la “desestigmatización” del suicidio que todo estudio de la cuestión demanda resultará una tarea harto compleja a la luz, por ejemplo, de las escasísimas referencias expresas al mismo en nuestros convenios colectivos, que desde luego no presentan una connotación positiva. Fundamentalmente en el ámbito de la Seguridad Social complementaria, bien a efectos de propiciar un tratamiento de lo que puede ser entendido como sospecha de fraude al seguro,

<sup>41</sup> El “Pacto Europeo para la Salud Mental y el Bienestar”, resultante de la Conferencia de alto nivel de la UE *Juntos por la salud mental y el bienestar*, llevada a cabo en Bruselas, 12-13 junio de 2008, p. 2.

<sup>42</sup> Dumon, E. Y Portzky, G., “Prevención y manejo...”, pp. 8 y 9.

<sup>43</sup> Datos de Eurostat. Disponibles en <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?oldid=505766> Consultado el 8 de junio de 2022.

<sup>44</sup> WHO, “Suicide worldwide in...”, p. 31.

<sup>45</sup> La reunión del Consejo de Administración de la OIT del 14 de marzo de 2022 incorpora como punto del orden del día de la Conferencia que celebrada en junio de este año un proyecto de resolución para enmendar aquella Declaración y examinar la inclusión del derecho a unas condiciones de trabajo seguras y saludables como fundamental a nivel universal. Un hito que sucede a otro de menor calibre pero también reseñable, la firma el 25 de agosto de 2021, con entrada en vigor el 1 de septiembre, del *International Accord for Health and Safety in the Textile and Garment Industry*.

<sup>46</sup> Una muestra del cuidado con el que esta materia, el derecho comparado en general, ha de ser tratado es que en dos obras (Velázquez Fernández, Manuel, “La protección de los riesgos psicosociales por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2016 y Blasco Mayor, Antonio, “Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización”, *Actualidad Laboral*, núm. 35, 2002, pág. 803, tomo 3) que expresamente utilizan el término *karoshi* lo hacen otorgándolo distinto significado, salvo error por mi parte.

usualmente en un periodo temporal de referencia que tiene como *dies a quo* la concertación del seguro o el inicio de la contratación laboral del trabajador<sup>47</sup>; bien, en los más de los casos, excluyendo directamente de la prestación originada en el Convenio los casos de suicidio o intento de suicidio del trabajador u otras conductas semejantes<sup>48</sup>. También, en idéntico sentido negativo, se aprecia alguna cláusula de protección social si bien en otro ámbito o sistema como es el sanitario, por ejemplo, sobre la asunción por la empresa de determinados gastos médicos<sup>49</sup>. Y, muy excepcionalmente, para excluir el tratamiento como inimputable al trabajador de ciertas consecuencias administrativas perjudiciales para el mismo<sup>50</sup>.

Tan sólo el Anexo II *IV Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral de la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios* (BOE, 22 de enero de 1993) “determinación de funciones”, contempla el suicidio desde el punto de vista preventivo. Y lo hace para asignar al coordinador de trabajo social, entre otras funciones, la de “supervisar el desarrollo y seguimiento de programas específicos (suicidios, documentación, extranjeros, etc.) aportando cuantos datos sean requeridos por el Centro Directivo”. Aportación ésta no desprovista de interés.

A las anteriores enseñanzas, niponas, retomando el hilo, se suma un legado de informes, estudios y actuaciones de naturaleza varia, no normativa, que presentan una serie de elementos comunes, que coinciden en apuntar vías para la prevención del suicidio laboral. De entrada, como punto de partida, cabe recordar que la OMS y la OIT y sugieren que son necesarias tres cosas para crear una fuerza laboral mentalmente saludable. En

<sup>47</sup> El art. 27 *Convenio colectivo del Sector Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid* (BOE, 28 de abril de 2018) exige una antigüedad mínima de un año para pagar una cuantía fija por muerte o invalidez permanente total o absoluta o gran invalidez del trabajador cuando el hecho causante es el suicidio. El *Convenio colectivo Mondi Ibersac, S.L. años 2019-2020-2021* contempla en el apartado V f a) de sus “Ventajas Sociales” establece en idéntico sentido que la garantía en caso de fallecimiento sólo tiene efecto en caso de suicidio de un asegurado cuando se produzcan, por lo menos dos años después de su entrada en el seguro. El apartado IX g a) Anexo “Programa de Fomento del Empleo Estable y Renovación de la Plantilla” *Convenio colectivo SMURFIT KAPPA NERVION, S.A. años 2020-2023* contempla un seguro de vida que sólo tiene efecto en caso de suicidio de un asegurado cuando se produzcan, por lo menos dos años después de su entrada en el seguro. El *Anexo VII Convenio colectivo de almacenistas y embotelladores de vinos del Principado de Asturias 2021-2023* contempla el pago de una cuantía de 6.000 euros por muerte natural, excluyendo el fallecimiento como consecuencia de suicidio ocurrido dentro del primer año de vigencia de la inclusión en el contrato.

<sup>48</sup> El art. 39 *Convenio colectivo provincial de obradores de pastelería, confiterías y despachos de Cádiz* (BO Cádiz de 12 de febrero de 2016) establece la concertación por la empresa de un seguro de vida para su personal, que cubre una serie de contingencias, si bien excluye del aseguramiento los casos de muerte por suicidio, entre otros. El artículo 33 II *Convenio colectivo de la empresa Logiters Logística, S.A. Automoción centro Arazuri-Orcoyen 2020-2021*, regulador del seguro colectivo de accidentes, contempla el pago de 25.000 euros para los casos de muerte por accidente laboral o no laboral, entre otras situaciones, pero excluye de la consideración de accidente el suicidio del trabajador. El art. 65 *Convenio Colectivo Sectorial para las industrias de Derivados del Cemento de Álava años 2021-2023* recoge el derecho a la percepción de indemnizaciones complementarias a los supuestos de Seguridad Social en una serie de supuestos que incluyen la muerte traumática por accidentes ocurridos en la vida privada de la persona trabajadora, si bien su anexo II a) excluye las lesiones provocadas intencionadamente por la persona trabajadora, el suicidio o tentativa de suicidio y las mutilaciones voluntarias. El art. 13 f) *Convenio colectivo de pilotos de Eurowings Europe GmbH* (BOE, 17 marzo de 2021) relativo a complementos de la prestación de Seguridad Social por bajas médicas (IT) establece que “el pago por encima de lo dispuesto en la legislación española no será de aplicación cuando la enfermedad o el accidente se deba a una o varias de las circunstancias indicadas a continuación”, entre las que incluye el intento de suicidio. El art. 27 a) *Convenio colectivo interprovincial de Damas, S.A* (BOE, 23 de abril de 2021) excluye de la percepción de unas cantidades a tanto alzado en caso de fallecimiento antes de la edad voluntaria o mínima de jubilación, garantizadas a través de la concertación por la empresa de un seguro, la muerte por suicidio. El art. 30 *Convenio colectivo provincial de Hostelería de Cádiz* (BO Cádiz de 17 de septiembre de 2021) establece la concertación por la empresa de un seguro para su personal, asumiendo el coste total de las primas que cubran una serie de contingencias, pero excluye del aseguramiento los casos de muerte por suicidio, entre otros.

<sup>49</sup> El Anexo I *Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados* (BOE, 12 de junio de 2018) sobre garantía de asistencia niega las garantías de asunción de costes de ambulancia, repatriación sanitaria y gastos médicos cuando “las lesiones sufridas se hayan producido por un intento de suicidio”.

<sup>50</sup> El art. 25 d) *Convenio colectivo de pilotos de Eurowings Europe GmbH* (BOE, 17 marzo de 2021) niega que en caso de suicidio la pérdida de licencia de piloto comercial o el certificado de aptitud médica para realizar los servicios de aviación sea no imputable al trabajador.



primer lugar, los empleadores y directores deben reconocer que los problemas de salud mental son una verdadera preocupación en relación con el trabajo, cualesquiera que sean sus factores precipitantes, y deben desarrollar políticas y directrices para hacerles frente. En segundo lugar, los empleadores deben entender la legislación sobre discapacidad y la necesidad de hacer los ajustes para las personas con discapacidades mentales. En tercer lugar, los empleadores deben desarrollar políticas y programas de prevención y promoción apropiados<sup>51</sup>.

Existentes unas actuales directrices del INSSST sobre los riesgos psicosociales, Notas Técnicas Preventivas añadidas, y la Norma ISO 45003, entre otros elementos, y una madura legislación sobre discapacidad con trascendentes normas no hace tanto tiempo aprobadas, parece que es el tercer elemento el eslabón débil de esta cadena.

Es necesario, pues, su consideración en una estrategia laboral común, o específica sobre el suicidio vinculado al trabajo, y su consiguiente planificación. La realidad es que, en el año 2014, la OMS manifestaba que sólo 28 países contaban con una estrategia nacional de prevención del suicidio, de todo punto deseable, si bien su inexistencia no debiera ser óbice para abordar programas específicos y cualquier aproximación genera un efecto de madurez en los grupos de interés que puede resultar muy beneficioso<sup>52</sup>.

Estrategia que, desde una perspectiva global, no es de un único tipo, sino de tres atendiendo a los factores de riesgo: universales, diseñadas para alcanzar la integridad de la población; selectivas, orientadas a colectivos vulnerables como personas que han sufrido traumas o abusos, conflictos, refugiados, etc.; e indicadas o pautadas (“indicated”) orientadas hacia específicos individuos vulnerables con el apoyo de la comunidad<sup>53</sup>.

En efecto, ciertas personas y trabajos presentan un especial riesgo. En concreto, las personas que perdieron a un familiar o una persona cercana por un suicidio, los llamados “supervivientes del suicidio”, y las personas del colectivo LGBT<sup>54</sup>. Ciertos trabajos presentan un mayor riesgo de conducta suicida, tales como médicos, agricultores, artistas, siendo, amén de los socioeconómicos, “un factor importante que aumenta el riesgo de suicidio en ciertas profesiones la disponibilidad y el acceso a medios letales para consumir el suicidio (por ejemplo, el acceso a los productos farmacéuticos, armas de fuego o pesticidas) así como el conocimiento de la letalidad de estos medios”<sup>55</sup>.

De ahí que cualquier plan de prevención del suicidio pasa por restringir el acceso a los medios utilizables al efecto<sup>56</sup>. Y en particular, entre otros, los referidos dado que la ingestión de pesticidas, el suicidio ahorcándose y usando armas de fuego están entre los métodos más comunes a nivel mundial<sup>57</sup>.

Descendiendo a un mayor detalle, en el año 2014, el informe del Proyecto Euregenas sobre “Prevención y manejo de la conducta suicida. Recomendaciones para el ámbito laboral”, incluye las estrategias de prevención del suicidio centradas en el ámbito laboral<sup>58</sup> y una serie de herramientas prácticas.

<sup>51</sup> Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias OMS, “Prevención del suicidio...”, p. 16.

<sup>52</sup> WHO, “Preventing suicide. A global imperative”, Ginebra (WHO), 2014, ISBN 978 92 4 156477 9, p. 11 y 12.

<sup>53</sup> WHO, “Preventing suicide. A global imperative”, Ginebra (WHO), 2014, ISBN 978 92 4 156477 9, p. 11.

<sup>54</sup> Dumon, E. Y Portzky, G., “Prevención y manejo...”, p. 17.

<sup>55</sup> Dumon, E. Y Portzky, G., “Prevención y manejo...”, p. 10. Con anterioridad, a nivel mundial, un análisis más preciso agrupa las ocupaciones con altas tasas de suicidio por causalidad. Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias OMS, “Prevención del suicidio...”, pp. 13 y 14.

<sup>56</sup> WHO, “Preventing suicide. A global imperative”, Ginebra (WHO), 2014, ISBN 978 92 4 156477 9, p. 10.

<sup>57</sup> WHO, “Preventing suicide. A global imperative”, Ginebra (WHO), 2014, ISBN 978 92 4 156477 9, p. 10.

<sup>58</sup> En línea por otra parte con las reflexiones de cualificada, apuntando que la prevención del “suicidio laboral” puede realizarse mediante una combinación de una serie de acciones en gran medida coincidentes. Fernández Avilés, J.A. y Martínez Ortiz, S., “El suicidio en...”, p. 5. La fuente de base es Organización Mundial de la Salud: *Prevención*

Entre las estrategias, se incluirían las siguientes: proporcionar y mantener un ámbito laboral seguro y saludable; ampliar la oferta de apoyo psicológico, con sistemas de cribado de empleados, desarrollo de programas de atención específicos, derivación para el tratamiento y seguimiento y apoyo a la reintegración en el lugar de trabajo; educar y formar a directivos y personal, desarrollando redes de apoyo y la colaboración de recursos internos y externos; y, por último, restringir el acceso a medios letales.

En cuanto a las herramientas prácticas, éstas comprenderían información clave sobre la conducta suicida (epidemiología -los intentos de suicidio multiplican por 10 los suicidios consumados-, mitos comunes y entendimiento de la conducta suicida), la identificación y tratamiento de los empleados en riesgo de suicidio, identificando las señales de alarma (aquellos comportamientos que indican que la persona está pensando en suicidarse o planeando un suicidio, o está preocupado u obsesionado con la muerte, pudiendo ser las señales de advertencia directas verbales o indirectas mediante cambios en el comportamiento de la persona) y reaccionando ante las mismas, y qué hacer después de un suicidio o intento de suicidio, incluyendo del suicidio de alguien cercano<sup>59</sup>.

En general y en particular con este último aspecto, es fundamental contar con un plan o protocolo de actuación en crisis, incluyendo directrices de comunicación para hablar con todas las personas involucradas: el personal, los familiares y los medios de comunicación. La mejor manera de preparar un plan de crisis es la creación de un equipo con personas clave en el lugar de trabajo, siendo muy recomendable obtener ayuda de un experto externo en prevención del suicidio y / o profesional de salud mental. Plan que ha de variar dependiendo del lugar de trabajo, tipo de empresa, servicios de salud mental disponibles, etc. Y que ha de ser actualizado con regularidad<sup>60</sup>.

Retomando las estrategias, la funcionalidad necesaria puede haber sido asumido por la Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud para el periodo 2022-2026, que amén de incluir datos de gran interés<sup>61</sup> tiene una línea estratégica 3 destinada a la “Prevención, detección precoz y atención a la conducta suicida” (pp. 79 y ss.). Y ello sin olvidar que su línea estratégica 9, “formación”, incluye en su apartado 9.3 un objetivo general consistente en “establecer planes formativos en relación a la atención de las personas con riesgo suicida para los diferentes sectores implicados”, entre otras referencias como las relativas a los indicadores.

La Estrategia no atiende específicamente el hecho laboral. No obstante, incorpora, entre otras previsiones, la de intervenir en colectivos vulnerables según sus necesidades específicas, incluyendo entre otros las personas en situación de exclusión social, personas con discapacidad o dependientes (p.81). Y habla en su recomendación VII de la necesidad de desarrollar e implantar protocolos de prevención, entre otros ámbitos, en lugares de trabajo. Este protocolo bien puede incluir pautas relacionadas con el suicidio del trabajador, entre otras. De hecho, no es necesario que estas estrategias contra el suicidio, y menos aún más específicamente el suicidio laboral, sean autónomas. Sino que, cuando se aplican estas estrategias, es importante que estén integradas en el contexto de una política de seguridad y

*del suicidio. Un instrumento para policías, bomberos y otros socorristas de primera línea*, Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias (OMS), Ginebra, 2009, pp. 6, 7, 18 y 19.

<sup>59</sup> Dumon, E. y Portzky, G., “Prevención y manejo...”, 49 páginas.

<sup>60</sup> Dumon, E. y Portzky, G., “Prevención y manejo de la conducta suicida. Recomendaciones para el ámbito laboral”, Proyecto EUREGENAS, 2014, 33 páginas.

<sup>61</sup> Advierte así el alto número de suicidios existente en Europa, más de 56.000 personas en el año 2015, aumentando con la edad, siendo más presente en hombres y dándose las tasas más bajas en el sur de Europa, en países entre los que se encuentra España. No obstante, se considera también como un problema en nuestro país. Relevante es el hecho de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que un suicidio individual afecta íntimamente, al menos, a otras seis personas (pp. 56 y 57). Otros datos avalan su extraordinaria importancia, como el hecho de que, en 2019, y en términos cuantitativos, multiplicó por dos las muertes por accidentes de tráfico y más de 50 veces las muertes por violencia machista (p.80).

salud laboral, y en concordancia con otras estrategias como por ejemplo recursos humanos, promoción de la salud mental, prevención del acoso laboral, prevención del “síndrome del trabajador quemado”, etc.<sup>62</sup>.

Precisamente entre estos protocolos, y para concluir esta singladura por elementos a considerar en una construcción de esta materia, es conocida la Resolución de 5 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Policía, acuerda la publicación del Plan de Promoción de la Salud Mental y Prevención de la Conducta Suicida en la Dirección General de Policía, que hace referencia a gran parte de los instrumentos de la OMS y de la UE manejados en esta reflexión<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Dumon, E. y Portzky, G., “Prevención y manejo...”, p. 11.

<sup>63</sup> Estructurado en 14 objetivos generales siguiendo las tres clases de actividad preventiva, primaria, objetivos 1 a 6 (medidas generales o de amplio espectro destinadas a evitar que aparezca la patología); secundaria, objetivos 7 a 9 (detección del daño psicológico en sus fases iniciales de manera que la adopción de medidas adecuadas puede frenar o impedir su progresión), y terciaria, objetivos 10 a 14 (conjunto de programas e intervenciones especializadas centrados en la prestación de atención y ayuda psicosocial a funcionarios que presenten vulnerabilidad psíquica, hayan protagonizado un intento de suicidio o muestren indicios de una voluntad autolítica). Contempla medidas dirigidas al colectivo en general, y otras a determinados grupos o individuos, siguiendo lo establecido por la OMS. Objetivos para cuya consecución establece 45 medidas concretas. Entre otras situaciones, se contempla la especial vulnerabilidad tras la participación en intervenciones sensibles, la mejora en las capacidades de afrontamiento de los funcionarios que desarrollan determinadas actividades de fuerte impacto psicológico o la atención a las personas más allegadas, compañeros o familiares, ante las tentativas o ante suicidios consumados. Contempla la existencia de un Equipo de Intervención Psicosocial integrado en el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales a nivel central, que prestará atención siguiendo un protocolo de prestación de asistencia psicológica, y con la ayuda de un teléfono de atención de 24 horas. Además, a nivel periférico se cuenta con las Unidades Básicas Sanitarias donde estuvieren implantadas (que parece es en las Jefatura Superiores de Policía con mayor población policial –Madrid, Andalucía Occidental, Andalucía Oriental, Valencia y Galicia-) con el fin de realizar tareas preventivas y de apoyo en materia psicológica en su demarcación territorial, que servirán de refuerzo para el equipo de intervención psicosocial y se apoyarán en el mismo. Se crea un grupo de seguimiento del plan con al menos una reunión anual.

# **LA SALUTE E SICUREZZA DEL LAVORO IN ITALIA DOPO LA PANDEMIA DA COVID-19**

MARCO LAI

*Docente di Diritto e sicurezza del lavoro*

Centro Studi Cisl/Università di Firenze

SUMARIO:

1. INTRODUZIONE

2. I PRINCIPI CONTENUTI NEL D. L.GS N. 81/2008 E I MUTAMENTI NEL  
FRATTEMPO INTERVENUTI

3. LE NOVITÀ DELLA LEGGE N. 215/2021

4. SPUNTI CONCLUSIVI

## 1. INTRODUZIONE

La ripresa produttiva in Italia, dopo un lungo periodo di convivenza con la pandemia, vede un tragico incremento degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali <sup>(1)</sup>.

Colpisce il fatto che si tratti spesso di giovanissimi, la parte più fragile e al tempo stesso tecnologica della società, che trova la morte nello stesso modo in cui si moriva 60 anni fa: risucchiata da un macchinario, travolta da un'impalcatura, coinvolta nell'esplosione di un capannone.

Eppure il nostro Paese dispone da tempo di un quadro normativo assai avanzato (il cosiddetto "Testo Unico sicurezza sul lavoro" - d.lgs. n. 81/2008), la tecnologia ha fatto passi da gigante anche in materia di prevenzione, la formazione, almeno sulla carta, è stata svolta. Tutto inutile se non cambia la mentalità del lavoro e sul lavoro.

La logica della competizione senza regole, della riduzione dei costi, della individualizzazione, sembra riprendere il sopravvento. Si punta a fare sempre più cose insieme, sempre più in fretta, pur di essere competitivi, in un mercato globale in cui la pandemia ha avuto esiti e ripartenze assai differenziate, e questo è particolarmente vero per le realtà di piccole dimensioni dove in genere vi è maggiore frenesia e minore specializzazione.

Più in generale è da domandarsi se le pur necessarie azioni di contrasto alla pandemia anche negli ambienti di lavoro, tramite la sottoscrizione di Protocolli condivisi tra le parti sociali (esperienza rara in Europa), non abbiano finito per mettere in secondo piano l'attenzione sull'ordinario modo di lavorare e sulla necessità di non ridurre gli investimenti in sicurezza.

Anche gli interventi degli organi di vigilanza e degli ispettori del lavoro, già depotenziati nel numero e nelle funzioni operative, sembrano aver subito ulteriori rallentamenti a causa della pandemia.

Proprio per contrastare l'incremento del fenomeno infortunistico, più di recente, significative novità rispetto alla disciplina posta dal d. lgs. n. 81/2008, sono state introdotte dalla legge 17 dicembre 2021, n. 215, di conversione del d.l. n. 146/2021 (art. 13, *Disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*).

Queste riguardano in particolare l'ampliamento dell'attività ispettiva, la sospensione dell'attività imprenditoriale e l'inasprimento delle sanzioni, il rafforzamento della figura del preposto, l'addestramento e la formazione (anche del datore di lavoro).

E' auspicabile che il provvedimento possa produrre gli effetti sperati anche se è da osservare come, a nostro avviso, dovrebbero essere maggiormente considerati gli aspetti relativi alla prevenzione (in materia ad esempio di analisi dei *quasi infortuni*, di valutazione dei nuovi rischi derivanti dall'innovazione tecnologica, di diffusione dei sistemi di gestione per la sicurezza). Ambiti sui quali, in una logica partecipativa, è decisamente orientata la contrattazione collettiva.

---

<sup>1</sup> () Le denunce di infortuni sul lavoro presentate all'Inail entro la fine del 2021 sono state 555, 236, 896 in più rispetto al 2020. Per i decessi l'incremento delle denunce rilevato tra il 2019 e il 2021 è stato del + 12%, da 1.089 a 1.221 casi (compresi quelli da contagio da Covid-19) sintesi di una crescita degli infortuni mortali avvenuti in occasione di lavoro (+ 24,3%) e di una flessione di quelli in itinere (-19%). Le denunce di malattie professionali denunciate all'Inail nel 2021 sono state 55.288, oltre 10.000 in più rispetto all'anno precedente; fonte dati Inail, 10 febbraio 2022.

## 2. PRINCIPI CONTENUTI NEL D. LGS. N. 81/2008 E I MUTAMENTI NEL FRATTEMPO INTERVENUTI

Il riordino del quadro normativo in materia di salute e sicurezza sul lavoro realizzatosi con il d. lgs. n. 81/2008, e successive modifiche ed integrazioni (cosiddetto “Testo Unico sicurezza sul lavoro”), ha indubbiamente contribuito alla riduzione del fenomeno infortunistico, insieme ad una più diffusa consapevolezza della tematica in questione.

I principi ispiratori del modello di prevenzione delineato da tale normativa sono sostanzialmente riconducibili al necessario raccordo tra sicurezza e organizzazione del lavoro, che si esprime nel fondamentale obbligo, di carattere preventivo e ricorrente, della valutazione dei rischi, ed alla logica partecipativa, di derivazione comunitaria, mediante il fattivo coinvolgimento dei diversi soggetti interessati (datore di lavoro, dirigenti, preposti; servizio di prevenzione e protezione e medico competente; lavoratori e loro rappresentanze specifiche).

E’ sulla funzionalità ed i limiti di tale prospettiva che occorre riflettere, nella consapevolezza che la partecipazione non è una formula astratta, ma si esprime in pratiche e comportamenti che presuppongono una comune volontà di agire ed un affidamento reciproco tra le parti.

A distanza di 15 anni dalla sua emanazione la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 81/2008 mantiene una stringente attualità, pur dovendo fare i conti con i mutamenti nel frattempo intervenuti.

Nel periodo più recente gli interventi in materia di salute e sicurezza sul lavoro sono chiamati in particolare a confrontarsi con i temi della flessibilità del lavoro, della qualificazione delle imprese, dell’impatto dell’innovazione tecnologica.

La flessibilità ha interessato sia il rapporto di lavoro, ivi comprese le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, sia le diverse tipologie contrattuali, dove peraltro sempre più sfumata è la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. E’ di tutta evidenza come le questioni della salute e della sicurezza si pongano in termini di più accentuata gravità per quei lavoratori che non fanno parte in modo stabile di una determinata collettività aziendale.

Riguardo alla qualificazione delle imprese è da ritenere che la conoscenza dei rischi e delle misure di prevenzione debba far parte del bagaglio di chiunque intenda intraprendere un’attività di impresa. Sul punto va data concreta attuazione a quanto stabilito dall’art. 27 del d.lgs. n. 81/2008, il quale prevede che, tramite decreto del Presidente della Repubblica, siano individuati settori e criteri «finalizzati alla definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, con riferimento alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fondato sulla base della specifica esperienza, competenza e conoscenza, acquisite anche attraverso percorsi formativi mirati».

Con riferimento all’esperienza comparata è da richiamare ad esempio il sistema danese dei “bollini/sorrisi” (*smiles*) di qualità, di diverso colore (rosso, giallo, verde, coronato), riportati tra l’altro sul sito dell’Autorità per l’ambiente di lavoro, che permette un’immediata identificazione di quanto un’impresa stia facendo in materia di salute e sicurezza sul lavoro; informazione utile al fine, tra l’altro, del godimento di benefici e finanziamenti pubblici.

Tale prospettiva trova una esplicazione maggiormente compiuta nella proposta di introdurre una sorta di «patente a punti» (che tuttavia opera solo *a posteriori*) tramite un meccanismo di penalità che escluda la possibilità di esercitare attività imprenditoriale

a seguito di accertate e ripetute violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il sistema, a suo tempo esplicitamente previsto per il comparto edile (anche se scarsamente praticato), potrebbe essere esteso, tramite accordi interconfederali, anche ad altri settori di attività.

La definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi d'altro lato è strettamente connessa alla disciplina degli appalti, stante l'obbligo per il datore di lavoro committente di verificare l'idoneità tecnico-professionale dei soggetti a cui affidare i lavori (ai sensi dell'art. 26, 1° comma, lett. a), d. lgs. n. 81/2008) ed inoltre acquista rilievo quale elemento necessario per l'accesso a benefici e norme premiali.

Altro aspetto da considerare è l'impatto dell'innovazione tecnologica, con prolungati periodi di lavoro a distanza e di isolamento, sulla salute psico-fisica del lavoratore. E' infatti assai probabile che il lavoro a distanza continuerà per un'ampia fascia di popolazione lavorativa anche dopo la fine della pandemia.

Ben oltre lo stress lavoro-correlato occorrerà dunque tenere conto dei rischi derivanti sia dal contesto ambientale sia dal contenuto del lavoro a distanza, assai diverso da quello tradizionalmente prestato in azienda, specie per ciò che concerne le modalità di svolgimento, di direzione e controllo.

A proposito del lavoro agile (di cui alla legge n. 81/2017) si è soliti parlare di *techno-stress*, una sindrome causata dall'uso continuativo di apparecchi informatici e digitali, dalla gestione di un flusso continuo di informazioni provenienti dalle tecnologie e dalla errata ergonomia dei luoghi e delle attività di lavoro, a cui è da aggiungere il rischio di isolamento dalla rete socio-relazionale aziendale (si è tra l'altro stimato un impatto negativo rilevante della sedentarietà, connessa al lavoro a distanza, sullo stato generale di salute delle persone).

Al riguardo è da osservare come la fluidità spazio-temporale possa costituire non solo il principale punto di forza del lavoro agile, ma anche quello di maggiore debolezza, rendendo sempre più sfumati ed incerti i confini tra il tempo dedicato all'attività professionale e quello riservato alla vita privata (cosiddetto *time porosity*). Da qui la necessità di porre un argine allo sfioramento del tempo di lavoro a danno del tempo di riposo, tramite il riconoscimento del diritto/dovere alla disconnessione.

### **3. LE NOVITA' DELLA LEGGE N. 215/2021**

Come accennato le principali novità apportate dall'art. 13, della legge 17 dicembre 2021, n. 215 alla disciplina posta dal d. lgs. n. 81/2008, riguardano in particolare quattro aree di intervento: l'ampliamento dell'attività ispettiva; la sospensione dell'attività imprenditoriale e l'inasprimento delle sanzioni; il rafforzamento della figura del preposto; l'addestramento e la formazione (anche del datore di lavoro).

#### **3.1. L'estensione dei poteri di vigilanza dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL)**

In primo luogo la nuova disciplina parifica le funzioni di vigilanza sull'applicazione in generale della legislazione in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro tra Aziende Sanitarie Locali (ASL) e Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL). E' da precisare che le ASL dipendono dalle singole Regioni, mentre l'INL ha come riferimento il Ministero del lavoro.

Si tratta di una rilevante novità dal momento che finora la titolarità principale della vigilanza in materia di salute e sicurezza del lavoro era affidata ai servizi ispettivi delle

ASL, mentre all'Ispettorato Nazionale del Lavoro spettava una competenza limitata a determinate materie (ad esempio l'edilizia).

All'ufficio territoriale dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro è riconosciuto anche un potere di iniziativa in merito alla convocazione del Comitato regionale di coordinamento, di cui all'art. 7, d.lgs. n. 81/2008, da riunirsi almeno due volte l'anno, che rappresenta la *cabina di regia* della programmazione dell'attività ispettiva sul territorio (organo che non sempre ha operato in modo efficace in tutte le Regioni).

All'estensione delle competenze attribuite all'INL si accompagna l'aumento dell'organico – è prevista l'assunzione di 1.024 unità, a cui si deve aggiungere il reclutamento di 90 Carabinieri per rinforzare il Nucleo Carabinieri Ispettorato Lavoro – e un investimento in tecnologie per dotare il nuovo personale ispettivo della strumentazione informatica necessaria a svolgere l'attività di vigilanza. A tale incremento quantitativo del personale ispettivo, da valutare positivamente, dovrebbe peraltro corrispondere una stretta collaborazione con il personale degli organi di vigilanza delle ASL, da promuovere ad esempio tramite momenti di formazione congiunta, al fine di superare vecchie divisioni ed al contempo non disperdere il patrimonio di esperienze e competenze maturate sul campo in questi anni.

Viene inoltre rafforzata la banca dati del *Sistema Informativo Nazionale per la Prevenzione nei luoghi di lavoro* (SINP), di cui fanno parte ora anche un Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), mirando a una definitiva messa a regime ed a una maggiore condivisione delle informazioni in esso contenute. Gli organi di vigilanza sono tenuti ad alimentare un'apposita sezione della banca dati, dedicata alle sanzioni irrogate nell'ambito dell'attività di vigilanza svolta nei luoghi di lavoro.

### **3.2. La sospensione dell'attività imprenditoriale e l'inasprimento delle sanzioni**

Si modifica sostanzialmente anche la disciplina relativa alla sospensione dell'attività imprenditoriale in presenza di lavoro irregolare o di gravi violazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro (nuovo art. 14, d. lgs. n. 81/2008).

La sospensione scatta ora al 10% e non più 20% del personale *in nero* presente sul luogo di lavoro. Ai fini del raggiungimento di tale percentuale occorre considerare anche i lavoratori autonomi occasionali, per i quali non sia stato comunicato preventivamente l'impiego all'Ispettorato Territoriale del Lavoro da parte dell'impresa committente.

D'altro lato non è più richiesta alcuna "reiterazione" ai fini della adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale che, a prescindere dal settore di intervento, scatterà subito a fronte di gravi violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoro riportate nell'Allegato I (nell'elenco figura tra l'altro: la mancata elaborazione del documento di valutazione dei rischi; la mancata elaborazione del Piano di emergenza ed evacuazione; la mancata formazione ed addestramento dei lavoratori; la mancata fornitura di dispositivi di protezione individuale contro le cadute dall'alto; la mancata notifica all'organo di vigilanza prima dell'inizio dei lavori che possono comportare il rischio di esposizione all'amianto).

La nuova disciplina prevede altresì l'impossibilità, per l'impresa destinataria del provvedimento di sospensione, di contrattare con la pubblica amministrazione, nonché, più ampiamente, con le stazioni appaltanti, come definite dal codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 50/2016.



Per tutto il periodo di sospensione dell'attività lavorativa il datore di lavoro è peraltro tenuto a corrispondere ai lavoratori interessati la retribuzione e a versare i relativi contributi, dal momento che la sospensione non è attribuibile a responsabilità dei lavoratori.

Per poter riprendere l'attività produttiva è necessario non soltanto il ripristino delle regolari condizioni di lavoro, ma anche il pagamento di una somma aggiuntiva di importo variabile a seconda delle fattispecie di violazione. L'importo è raddoppiato se, nei cinque anni precedenti, la stessa impresa ha già avuto un provvedimento di sospensione.

### 3.3. Il rafforzamento della figura del preposto

La nuova disciplina interviene in maniera significativa a specificare gli obblighi e le responsabilità del preposto (oltre che del datore di lavoro e del dirigente).

Con l'inserimento della lettera *b-bis*, all'art. 18, comma 1, del d. lgs. n. 81/2008, si stabilisce innanzitutto l'obbligo per il datore di lavoro ed il dirigente di "individuare il preposto o i preposti per l'effettuazione delle attività di vigilanza di cui all'articolo 19", affidando ai contratti e agli accordi collettivi di lavoro la possibilità di stabilire l'emolumento spettante al preposto per lo svolgimento della propria attività, per la quale peraltro non può subire pregiudizio alcuno (in caso di mancata individuazione del preposto datore di lavoro e dirigente sono sanzionati con l'arresto da 2 a 4 mesi o con l'ammenda da 1.500 a 6.000 euro – nuovo art. 55, comma 5, lett. *d*).

A ben vedere non si tratta altro che una esplicitazione di quanto già desumibile dalla definizione di cui alla lettera *e*), dell'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2008, che ai fini della qualifica di preposto (così come di dirigente) presuppone il conferimento di uno specifico "incarico", cioè di un'investitura formale, da parte dei vertici aziendali <sup>(2)</sup> (da riportare peraltro nel documento di valutazione dei rischi- si veda art., 28, comma 2, lett. *d*).

D'altro lato non pare superata la figura del *preposto di fatto*, sulla base del principio di effettività, sancito nell'art. 299 <sup>(3)</sup>, vera e propria "norma di chiusura" per l'accertamento delle responsabilità, secondo il quale dovrà sussistere una necessaria corrispondenza tra qualifica formale posseduta e poteri di fatto esercitati.

Rispetto alle più ampie funzioni del preposto, di cui tratteremo di seguito, è da osservare peraltro come non venga meno il più generale dovere di garanzia del datore di lavoro (e del dirigente) nei confronti dei propri collaboratori, di cui all'art. 18, comma 3-*bis*, del d. lgs. n. 81/2008. Per cui si potrà escludere la corresponsabilità del datore di lavoro e del dirigente, in caso di violazione dei precetti di sicurezza da parte del preposto, solo qualora sia provato il corretto svolgimento della funzione di vigilanza e nulla possa imputarsi nei loro riguardi.

La disciplina contenuta nell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81/2008, sugli obblighi del preposto, viene riformata su più punti.

Alla lettera *a*), dopo aver ribadito che tratto distintivo del preposto è quello di sovrintendere e vigilare sull'osservanza da parte dei singoli lavoratori dei loro obblighi di legge nonché delle disposizioni aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si

<sup>2</sup> () Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *e*), d. lgs. n. 81/2008 *preposto* è la "persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta applicazione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa".

<sup>3</sup> () Art. 299. Esercizio di fatto di poteri direttivi. "1. Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d), ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investiture, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti". Sul punto è da ritenere che l'avverbio "altresì" faccia scattare una responsabilità solidale e non sostitutiva tra responsabile di fatto e responsabile formale.

specifica che “in caso di rilevazione di comportamenti non conformi alle disposizioni e istruzioni impartite dal datore di lavoro e dai dirigenti ai fini della protezione collettiva e individuale” il preposto deve “intervenire per modificare il comportamento non conforme fornendo le necessarie indicazioni di sicurezza. In caso di mancata attuazione delle disposizioni impartite o di persistenza dell’inosservanza, interrompere l’attività del lavoratore e informare i superiori diretti” (la violazione è sanzionata a carico del preposto con l’arresto fino a 2 mesi o con l’ammenda da 491,40 a 1.474,21 euro, ai sensi dell’art. 56, comma 1, lett. a).

Al riguardo si può distinguere tra: un obbligo di intervento; un obbligo di interrompere l’attività del lavoratore; un obbligo di informare i superiori gerarchici.

A ben vedere almeno due tra gli obblighi menzionati potevano già ritenersi sussistenti sulla base della disciplina previgente. Si è osservato come ricada sul preposto un dovere di *vigilanza oggettiva* circa la concreta attuazione delle misure di prevenzione e protezione decise dal datore di lavoro e dai dirigenti, nonché un dovere di *vigilanza soggettiva*, di pretenderne la specifica osservanza da parte dei lavoratori interessati. Nondimeno grava sul preposto “un funzionale potere di iniziativa” (si veda art. 2, comma 1, lett. e), pur sempre limitato agli aspetti esecutivi dell’attività lavorativa.

L’obbligo di intervento può innanzitutto considerarsi compreso nell’attività di sovrintendere e vigilare, che richiede un comportamento attivo, come si può del resto ricavare dal riferimento alla “persistenza” dell’inosservanza, che implica un previo richiamo da parte del preposto. Anche l’obbligo di informare i superiori diretti, in caso di mancata attuazione delle disposizioni impartite o di persistenza dell’inosservanza, poteva ritenersi già operante sulla base della normativa previgente.

La vera novità consiste dunque nell’obbligo per il preposto di “interrompere l’attività del lavoratore”. E’ da ritenere che più che di vera e propria interruzione di attività lavorativa si tratti, più propriamente, di sospensione del lavoratore dalla sua attività, stante il comportamento colpevolmente non conforme dello stesso, che potrà dar luogo all’eventuale irrogazione di sanzioni disciplinari (da parte del datore di lavoro).

D’altro lato il preposto dovrà anche “se necessario, interrompere temporaneamente l’attività e, comunque, segnalare tempestivamente al datore di lavoro e al dirigente le non conformità rilevate”, qualora durante la vigilanza rilevi deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e condizioni di pericolo (nuova lettera *f-bis*), dell’art. 19 comma 1, la cui violazione è sanzionata a carico del preposto con l’arresto fino a 2 mesi o con l’ammenda da 491,40 a 1.474, 21 euro; si veda l’ art. 56, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 81/2008).

In tal caso, diversamente dall’ipotesi precedente, si tratta di deficienze di mezzi e attrezzature e di condizioni di pericolo di carattere oggettivo e non dovute ad un comportamento colposo non conforme del lavoratore.

Sempre in riferimento alla figura del preposto si stabilisce infine che “nell’ambito dello svolgimento di attività in regime di appalto o subappalto, i datori di lavoro appaltatori o subappaltatori devono indicare espressamente al datore di lavoro committente il personale che svolge la funzione di preposto” (art. 26, comma 8-*bis*, la cui violazione è sanzionata a carico del datore di lavoro e del dirigente con l’arresto da 2 a 4 mesi o con l’ammenda da 1.500 a 6.000 euro; si veda l’ art. 55, comma 5, lett. d).

Sul punto, accanto alla espressa indicazione della figura del preposto da parte delle imprese esecutrici, opportuno sarebbe stato altresì rafforzare le prerogative del soggetto incaricato, per conto del datore di lavoro committente, a sovrintendere alle attività di cooperazione e coordinamento tra le diverse imprese, al fine di evitare i rischi da

interferenze; figura, a nostro avviso, da istituire in via generale (e non limitatamente ai settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali- si veda l'art. 26, comma 3, d. lgs. n. 81/2008) (4).

### 3.4. L'addestramento e la formazione (anche del datore di lavoro)

Altro ambito significativo su cui interviene la più recente regolamentazione legislativa è quello dell'addestramento e della formazione.

In merito all'addestramento, richiamando la definizione contenuta nella lettera *cc*), dell'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 81/2008 (5), si precisa che questo consiste “nella prova pratica per l'uso corretto e in sicurezza di attrezzature, macchine, impianti, sostanze, dispositivi, anche di protezione individuale” nonché “nell'esercitazione applicata, per le procedure di lavoro in sicurezza”. Si mette dunque ancor più in rilievo come l'addestramento, rispetto alla formazione, attenga ad un profilo operativo circa il corretto utilizzo di attrezzature e procedure di lavoro, che necessariamente richiede interventi di esercitazione pratica, che dovranno altresì “essere tracciati in apposito registro anche informatizzato” (nuovo art. 37, comma 5, d. lgs. n. 81/2008).

Per quanto concerne la formazione, essa rappresenta, accanto alla valutazione dei rischi, l'asse portante di un efficace sistema di prevenzione. Della formazione dei lavoratori, come degli altri soggetti che a vario titolo intervengono nel sistema di prevenzione aziendale, si sono in particolare occupati gli Accordi sottoscritti in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano (si tratta nello specifico dell'Accordo per la formazione dei lavoratori e dell'Accordo per lo svolgimento diretto da parte del datore di lavoro dei compiti di prevenzione e protezione dai rischi, entrambi del 21 dicembre 2011). La disciplina in materia di formazione è completata con la previsione dei criteri di qualificazione della figura del “formatore” per la salute e sicurezza sul lavoro, fissati dal decreto interministeriale 6 marzo 2013.

Il testo in esame, riformulando il comma 7, dell'art. 37, apre meritoriamente, accanto a quella di dirigenti e preposti, anche alla formazione dello stesso datore di lavoro: “Il datore di lavoro, i dirigenti e i preposti ricevono un'adeguata e specifica formazione e un aggiornamento periodico in relazione ai propri compiti in materia di salute e sicurezza sul lavoro, secondo quanto previsto dall'accordo di cui al comma 2, secondo periodo”.

La disposizione può considerarsi un primo passo verso una maggiore specializzazione, nella prospettiva di dar vita ad un vero e proprio sistema di qualificazione delle imprese, da più parti evocato (6) e prefigurato dallo stesso d. lgs. n. 81/2008(7). La norma non è tuttavia immediatamente operativa, rinviando, per la sua specificazione ad un Accordo, da adottare in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni entro il 30 giugno 2022, nel quale si provveda all'accorpamento, rivisitazione e modifica dei menzionati Accordi attuativi del d. lgs. n. 81/2008 in materia di formazione.

Tale Accordo dovrà altresì garantire:

“a) l'individuazione della durata, dei contenuti minimi e delle modalità della formazione obbligatoria a carico del datore di lavoro;

<sup>4</sup> () E' da precisare che tale disposizione non è tuttavia al momento operativa, stante la mancata adozione del decreto attuativo volto ad individuare i settori di attività a basso rischio di infortuni sul lavoro e di malattie professionali.

<sup>5</sup> () Ai sensi della lettera *cc*), dell'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 81/2008 per *addestramento* si intende il “complesso delle attività dirette a fare apprendere ai lavoratori l'uso corretto di attrezzature, macchine, impianti, sostanze, dispositivi, anche di protezione individuale, e le procedure di lavoro”.

<sup>6</sup> () Si veda il documento di Cgil-Cisl-Uil, *Fermiamo la strage nei luoghi di lavoro*, maggio 2021.

<sup>7</sup> () Si veda *supra*

- b) l'individuazione delle modalità della verifica finale di apprendimento obbligatoria per i discenti di tutti i percorsi formativi e di aggiornamento obbligatori in materia di salute e sicurezza sul lavoro e delle modalità delle verifiche di efficacia della formazione durante lo svolgimento della prestazione lavorativa”.

Si tratta dunque di una sorta di Testo Unico sulla formazione per la sicurezza, in modo da poter disporre di un *corpus* normativo organico in materia.

Rispetto alla disciplina vigente sono da segnalare, quali positive novità, l'obbligatorietà della verifica finale di apprendimento per i partecipanti a tutti i percorsi formativi e di aggiornamento (al momento essa non è prevista per la formazione dei lavoratori, né per i corsi di aggiornamento di lavoratori, preposti e dirigenti), nonché una verifica di efficacia della formazione erogata, che a nostro avviso potrebbe preferibilmente essere affidata agli organismi paritetici, tramite ad esempio il rilascio di un'apposita attestazione/certificazione di qualità della formazione svolta. Stabilire i criteri con cui operare un puntuale *follow up* della formazione erogata non è peraltro agevole e richiede competenze specialistiche.

Il coinvolgimento degli organismi paritetici, espressione delle parti -lavoratori ed imprese- direttamente interessate, come peraltro già disposto per la formazione dei lavoratori e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (art. 37, comma 12), si giustifica per la finalità di operare un monitoraggio costante dei percorsi formativi nonché dei soggetti erogatori, per i quali occorrerebbe un accreditamento specifico.

In conseguenza delle accresciute attribuzioni del preposto si dettano infine disposizioni più stringenti per la formazione di tale figura.

Il nuovo comma 7-ter, dell'art. 37, del d. lgs. n. 81/2008, stabilisce infatti che “per assicurare l'adeguatezza e la specificità della formazione nonché l'aggiornamento periodico dei preposti...le relative attività formative devono essere svolte interamente con modalità in presenza e devono essere ripetute con cadenza almeno biennale e comunque ogni qualvolta sia reso necessario in ragione dell'evoluzione dei rischi o all'insorgenza di nuovi rischi”.

Ciò significa che, diversamente dalla disciplina finora vigente, l'intero modulo formativo, di almeno 8 ore, nonché l'aggiornamento minimo di 6 ore, per il preposto, deve essere realizzato in presenza (l'Accordo adottato in sede di Conferenza Stato- Regioni, il 21 dicembre 2011, prevede invece che buona parte dei contenuti della formazione per i preposti – i punti da 1 a 5 del punto 5 – nonché l'intero corso di aggiornamento, possano essere erogati in modalità *e-learning*); d'altro lato si riduce da 5 a 2 anni la cadenza dell'aggiornamento periodico per i preposti (o a periodi anche più brevi qualora sia necessario in ragione dell'evoluzione dei rischi o dell'insorgenza di nuovi rischi)<sup>(8)</sup>.

La violazione dei nuovi obblighi formativi per i preposti è sanzionata a carico del datore di lavoro e dei dirigenti con l'arresto da 2 a 4 mesi o con l'ammenda da 1.474, 21 a 6.388, 23 euro (si veda l' art. 55, comma 5, lett. c).

#### 4. SPUNTI CONCLUSIVI

Nei paragrafi precedenti abbiamo richiamato gli aspetti principali della disciplina legislativa in materia. L'assetto normativo non rappresenta tuttavia da solo il rimedio ad ogni problema. Più che al dato formale occorre infatti mirare ai comportamenti e

<sup>8</sup> () Secondo l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, in attesa dell'adozione del menzionato Accordo sulla formazione, la nuova disciplina della formazione per i preposti non sarebbe applicabile; cfr. INL, circolare n. 1, del 16 febbraio 2022.

all'effettiva applicazione delle norme esistenti. Molto spesso gli infortuni sul lavoro sono frutto della violazione di regole elementari di prudenza o di procedure di sicurezza non seguite. Se l'errore umano è inevitabile è possibile tuttavia monitorare il contesto organizzativo all'interno del quale le persone lavorano, rimuovendo quelle situazioni di criticità che predispongono all'errore. In tale prospettiva l'analisi dei mancati infortuni, un *audit* continuativo, una vigilanza partecipata dei lavoratori e delle loro rappresentanze, risultano decisivi. La contrattazione collettiva e la diffusione di buone pratiche aziendali possono essere in tal senso di grande aiuto.

D'altro lato appare del tutto mistificatoria la pretesa contrapposizione tra cultura della sicurezza e la previsione di regole e sanzioni. Queste ultime infatti, da graduare in funzione della gravità degli inadempimenti, non sono altro che le forme di garanzia della cultura della sicurezza, che ne costituisce il fondamento. Nel definirle e riformarle occorre aver ben presente la gerarchia di valori affermati dalla Costituzione, che vedono (o dovrebbero vedere) il primato della protezione dell'integrità psico-fisica e morale delle persone che lavorano sull'interesse, pur meritevole di attenzione, della produzione.

E' peraltro da domandarsi se prendendo spunto dall'esperienza dei comitati congiunti per l'applicazione delle misure anti-Covid 19, previsti dal punto 13 del Protocollo del 24 aprile 2020, nella logica di condivisione di obiettivi ed interventi, non sia da estendere alla normativa generale di salute e sicurezza sul lavoro tale pratica concertativa, in modo da assicurare un monitoraggio continuativo, ben oltre l'annuale riunione periodica, perseguendo anche in collaborazione con le rappresentanze sindacali, il massimo coinvolgimento possibile dei lavoratori nella gestione della sicurezza in azienda.

Più in generale pare indispensabile una nuova sfida educativa. L'emozione del momento lascia infatti presto il posto all'abitudine o peggio ancora all'indifferenza. Si tratta di una capacità di visione, di una riflessione costante, non solo da parte della politica e di chi ha responsabilità di governo, su ciò che siamo e di quale società vogliamo per noi e per le future generazioni.

Questo vale anche per il lavoro. Il lavoro infatti non è solo fatica, impegno, ma anche comunità, appartenenza, legame sociale.

La battaglia per il "lavoro dignitoso", per il "buon lavoro" passa dal riconoscimento e dalla consapevolezza di questa dimensione comunitaria del lavoro, che contrasta con l'atomizzazione imperante dei rapporti di lavoro.

La condivisione responsabile delle condizioni di lavoro e della sicurezza, tra datore di lavoro e lavoratori e tra gli stessi lavoratori, esprime la vera finalità del lavoro: non solo produrre ma rendere l'essere umano più umano.

**PROMOVER UN ENTORNO DE TRABAJO SEGURO Y SALUDABLE ¿UN  
NUEVO PRINCIPIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL?**

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

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

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

1. TRABAJO SEGURO Y SALUDABLE. SU ACOGIDA EN EL DERECHO INTERNACIONAL
2. LAS IMPLICACIONES DEL NUEVO PRINCIPIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
3. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

## 1. TRABAJO SEGURO Y SALUDABLE. SU ACOGIDA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En los últimos años, y con mucha más insistencia a raíz de la digitalización del mundo del trabajo con todas las transformaciones que conlleva, se viene considerando la necesidad de implantar un concepto de salud laboral holístico que tenga en cuenta sus múltiples vertientes. Se pretende con ello superar la concepción de salud ocupacional, avanzando hacia un concepto más integral, que no solo se ocupe del entorno físico, sino también del psicosocial, emocional y de hábitos saludables de las personas, tanto en su vida profesional como personal. Conforme a ello, han ido emergiendo distintos conceptos, como el de *wellness*, o, más recientemente, el de *Wellbeing*. Ambos se refieren a bienestar de los trabajadores, si bien el segundo es mucho más amplio al integrar, junto a la dimensión física, ámbito que siempre ha estado salvaguardado en la generalidad de los ordenamientos laborales de nuestro entorno, la dimensión psicológica y emocional<sup>1</sup>. La pandemia ocasionada por la COVID-19 y sus efectos en el trabajo no ha hecho sino afianzar esa idea al poner de manifiesto las carencias de los sistemas de prevención de riesgos laborales y la necesidad de conectarlos con las políticas sanitarias públicas. Todo ello evidencia que no solo es necesario reforzar la prevención y la seguridad en el trabajo con objeto de evitar resultados dañosos, sino que hace imprescindible atender de forma integral la salud y el bienestar de los empleados por parte de las organizaciones productivas<sup>2</sup>.

La OMS se refiere a esta cuestión con la denominación de “entorno de trabajo saludable”, definiéndolo como “*aquel en el que los trabajadores y el personal superior colaboran en la aplicación de un proceso de mejora continua para proteger y promover la salud, la seguridad y el bienestar de todos los trabajadores y la sostenibilidad del lugar de trabajo*”. El concepto pretende integrar los siguientes ámbitos establecidos sobre la base de necesidades previamente determinadas: a) temas de salud y de seguridad en el entorno físico de trabajo; b) temas de salud, seguridad y bienestar en el entorno psicosocial de trabajo, con inclusión de la organización del trabajo y de la cultura laboral; c) recursos de salud personal en el lugar de trabajo; y, d) maneras de participar en la comunidad para mejorar la salud de los trabajadores, sus familias y otros miembros de la comunidad. Su articulación efectiva, de acuerdo con el modelo elaborado por la OMS (Figura 1), requiere de una serie de actuaciones claves: participación y compromiso de la dirección; involucrar a los trabajadores y a sus representantes; ética y legalidad empresarial; uso de un proceso sistemático e integral para asegurar la mejora continua y la eficacia; y, sostenibilidad e integración<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Carrizosa Prieto, E.; “Programas de promoción de la salud en el trabajo. Hacia el cumplimiento óptimo de las obligaciones laborales”, Noticias CIELO, núm. 11/2020. ISSN-e 2532-1226, Nº. 11, 2020.

<sup>2</sup> Gutiérrez-Solar Calvo, B., “De la prevención de riesgos a la promoción de la salud en el trabajo: avances en la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138/2018, pp. 139 y ss.; Lobo, E., *Análisis de la contribución del bienestar laboral en la seguridad laboral. Estudio de casos de empresas en Andalucía*, Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, 2022. Disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/webiapr/analisis-bienestar/>

<sup>3</sup> OMS (2010), *Ambientes de Trabajo Saludables: Un modelo para la acción. Para empleadores, trabajadores, autoridades normativas y profesionales*. Disponible en: [https://www.who.int/phe/publications/healthy\\_workplaces/es/](https://www.who.int/phe/publications/healthy_workplaces/es/) OMS, *Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelo de la OMS: Contextualización, Prácticas y Literatura de Apoyo*, 2010, p. 15. Disponible en [https://www.who.int/occupational\\_health/evelyn\\_hwp\\_spanish.pdf](https://www.who.int/occupational_health/evelyn_hwp_spanish.pdf)



Fuente: OMS (2010), *Ambientes de Trabajo Saludables: Un modelo para la acción*

También la OIT se ha centrado en los últimos años en esta cuestión. Así, en junio de 2022, en el marco de la celebración de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), se adopta una nueva Resolución para añadir el derecho a un “entorno de trabajo seguro y saludable” a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, configurándose así un quinto principio, que viene a completar los cuatro declarados en 1998:

- Libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
- Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- Abolición efectiva del trabajo infantil.
- Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.
- Entorno de trabajo seguro y saludable.

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento (OIT, 1998), introdujo en la Constitución de la OIT la regulación contenida en numerosos Convenios (Convenio sobre libertad de asociación, libertad sindical, negociación colectiva y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, etc.)<sup>4</sup>. La nueva configuración, denominada “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), en su versión enmendada en 2022”, incorpora dos nuevos convenios: el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187); por lo que, a partir de ahora ostentan la naturaleza de normas constitutivas<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Art. 2a) y d) de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1998 (197º Informe del Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 823), en OIT, *Boletín Oficial* (Ginebra), V. LZII 1979, serie B, núm. 3, págs. 88-177.

<sup>5</sup> Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_848653.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848653.pdf).



Efectivamente, la Declaración permite exigir la aplicación del contenido de los Convenios a todos los Estados miembros independientemente de que hayan sido ratificados<sup>6</sup>. Como ya pusimos de manifiesto, la aportación más significativa de dicha Declaración se encuentra en el papel asumido por la Organización y, como consecuencia inmediata, sus instrumentos fundamentales y los mecanismos de aplicación, en un contexto de economía globalizada como el actual. En este sentido, la Declaración afirma que el objetivo de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, debe alcanzarse garantizando los principios y derechos fundamentales en el trabajo; y para ello, se designa a la OIT como órgano competente, al contar con el apoyo y reconocimiento universal en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, para establecer normas internacionales sobre la materia y ocuparse de ellas (Preámbulo de la Declaración)<sup>7</sup>.

Resulta significativo que, a pesar de la ingente labor desarrollada por la OIT durante décadas, muy especialmente, en el ámbito de la salud laboral<sup>8</sup>, la cuestión del entorno de trabajo seguro y saludable no se plasmase de forma rotunda en el concepto de trabajo decente proclamado en 1999<sup>9</sup>. Aunque ciertamente estaba implícito en la generalidad de los objetivos estratégicos que conlleva (los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social), su formulación y conexión expresa no se ha efectuado hasta 2019 con la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, documento que expresamente conecta la decencia del trabajo y las condiciones en que se realiza con las grandes transformaciones que están sufriendo los sistemas productivos<sup>10</sup>. De acuerdo con la Declaración, las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, inciden en la necesidad de desarrollar un enfoque del trabajo centrado en las personas, lo que exige, entre otras, las siguientes actuaciones: a) asegurar una transición justa a un futuro del trabajo que contribuya al desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, social y ambiental; b) aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad para lograr trabajo decente y sostenible y asegurar así la dignidad, la realización personal y una distribución equitativa de los beneficios para todos.

<sup>6</sup> Kellerson, H., “La Declaración de la OIT de 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales: Un reto para el futuro”, *Revista Internacional de Trabajo*, V. 117 (1998), núm. 2, pág. 2.

<sup>7</sup> Sobre el resurgimiento de mecanismos de aplicación voluntaria frente al decaimiento de los sistemas de compulsión jurídica en el ámbito internacional, Valdés dal Ré, F., “*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2005, pp. 37-54.

<sup>8</sup> Las normas de la OIT para proteger la salud física y mental de los trabajadores incluyen, entre otras, el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), su Recomendación (núm. 164) y el Protocolo de 2002; el Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161) y su Recomendación (núm. 171); la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194), y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) y su Recomendación (núm. 197). En junio de 2019, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) y la Recomendación núm. 206. Estas últimas, en atención a la relevancia de los riesgos psicosociales, reconoce el derecho de toda persona a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso y establecen un marco claro y común para prevenir y abordar la violencia y el acoso basado en un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las cuestiones de género. Una reflexión crítica sobre estas normas y la noción de salud laboral que de ella deriva en Fernández Martínez, S., “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de la OIT. Origen, evolución y perspectivas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58/2021.

<sup>9</sup> El trabajo decente, de acuerdo con la propia OIT, “es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo” [OIT, Memoria del Director General “Trabajo decente”, Conferencia Internacional del Trabajo”, 87ª Reunión, Junio 1999].

<sup>10</sup> OIT, Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, Ginebra, 2019. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang-es/index.htm>

Es en este contexto, en el que la Organización destaca que las condiciones de trabajo seguras y saludables son fundamentales para el trabajo decente. En consecuencia, no cabe ya duda de que el trabajo decente engloba y exige la seguridad y el bienestar de las personas trabajadoras, aunque también, el trabajo sostenible, concepto que ya aparecía en la definición que la OMS ofrecía en 2010. Sin embargo, los instrumentos que se refieren al concepto, aún en plena construcción, no hacen alusión a este último elemento. Así, por ejemplo, la Guía para promover “Entornos seguros y saludables”, se refiere genéricamente a la seguridad y salud en el trabajo, sin mencionar los elementos que se han de incluir en ella y cuáles son las implicaciones precisas de la sostenibilidad del puesto de trabajo<sup>11</sup>.

Algo más completas se muestran otras manifestaciones de *soft law*. Así, el trabajo seguro, saludable y sostenible aparece también reflejado en los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (ODS)<sup>12</sup>. De los 17 objetivos fijados existen varios relacionados con la materia: Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades; Objetivo 8: Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; y, Objetivo 9. Construir infraestructura resiliente, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación<sup>13</sup>.

Algo más preciso se muestra Pilar Europeo de Derechos Sociales (2017), que contiene veinte principios que deben guiar las políticas y el derecho comunitario; entre ellos destaca el número 10 relativo al derecho a un entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado (“Los trabajadores tienen derecho a un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad en el trabajo. Los trabajadores tienen derecho a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades profesionales y que les permita prolongar su participación en el mercado laboral. Los trabajadores tienen derecho a la protección de sus datos personales en el contexto del empleo”)<sup>14</sup>.

Como instrumento complementario, el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en marzo de 2021, establece una previsión de políticas sociales concretas hasta 2024, con objeto de hacer efectivos los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales, y la fijación de objetivos para 2030, con la finalidad de alcanzar determinados porcentajes de empleo, formación de los trabajadores y de reducción de la pobreza<sup>15</sup>. Dicho Plan de Acción incorpora las actuaciones previstas para los próximos años y distintas propuestas para los Estados y para los agentes sociales en varios ámbitos, destacando cuatro directamente relacionadas con el mercado de trabajo: a) crear

<sup>11</sup> OIT, *Entornos seguros y saludables. Una guía para apoyar a las organizaciones empresariales a promover la seguridad y la salud en el trabajo*, Ginebra, 2019([https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---act\\_emp/documents/publication/wcms\\_764111.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_764111.pdf)).

<sup>12</sup> Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, GB.325/INS/6 de 14 de octubre de 2015, 325ª Reunión del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 29 de octubre – 12 de noviembre de 2015). La Agenda contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible con 169 metas a alcanzar en 2030. Los ODS abordan temas interconectados del desarrollo sostenible: el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente que deben ser abordados con carácter mundial.

<sup>13</sup> El contenido de cada uno de ellos, así como las metas a alcanzar pueden consultarse en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

<sup>14</sup> UE, Pilar Europeo de Derechos Sociales, 2017. Disponible en [https://ec.europa.eu/info/publications/european-pillar-social-rights-booklet\\_es](https://ec.europa.eu/info/publications/european-pillar-social-rights-booklet_es) Sobre este principio, Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “Principio 10. Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptable y protección de datos”, en VV.AA., *El pilar europeo de derechos sociales: contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 211-225.

<sup>15</sup> UE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones EMPT. Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales* [COM (2021) 102 final], marzo 2021. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2021%3A102%3AFIN&qid=1614928358298>. Estos objetivos han sido asumidos por las distintas instituciones en la *Cumbre Social de Oporto a través del Compromiso Social de Oporto y la Declaración de Oporto* [<https://www.2021portugal.eu/en/porto-social-summit/porto-social-commitment>; <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/>, respectivamente].

oportunidades de empleo en la economía real; b) adecuar las normas laborales al futuro del trabajo; c) modernizar las normas sobre salud y seguridad en el trabajo para adecuarlas al nuevo mundo laboral; y, d) aumentar la protección de trabajadores móviles.

En relación a modernización de las normas sobre salud y seguridad en el trabajo para adecuarlas al nuevo mundo laboral, la Comisión considera que es necesario actualizar el marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo debido a los rápidos cambios tecnológicos y sociales. La digitalización ha transformado “el propio concepto de entorno de trabajo, el carácter y el contenido del trabajo realizado, las disposiciones relativas al horario laboral y las relaciones en el lugar de trabajo. En este contexto, los factores de riesgo psicosocial y organizativo pueden provocar unos niveles más elevados de estrés laboral, mala salud mental, así como riesgos ergonómicos y de seguridad [...]. Por tanto, garantizar unos entornos de trabajo saludables y seguros es esencial para proteger a los trabajadores, mantener la productividad y permitir una recuperación económica sostenible”.

De acuerdo con ello, se aprueba en 2021 el nuevo Marco Estratégico de la UE en materia de Salud y Seguridad en el Trabajo. Dicho instrumento establece las prioridades y acciones clave necesarias para mejorar la salud y la seguridad de los trabajadores en el contexto del mundo posterior a la pandemia, marcado por las transiciones ecológica y digital, los desafíos económicos y demográficos y la evolución de la noción del entorno de trabajo tradicional. La nueva estrategia marca tres objetivos fundamentales: a) anticipar y gestionar los cambios en el nuevo mundo del trabajo derivados de las transiciones ecológica, digital y demográfica; b) mejorar la prevención de accidentes y enfermedades laborales de acuerdo con el enfoque “visión cero”, y, c) aumentar la preparación frente a posibles crisis sanitarias futuras<sup>16</sup>.

En relación a la primera de las circunstancias destacadas, se debe considerar que la irrupción de la digitalización ha cambiado nuestra forma de trabajar, generando importantes desafíos en la protección de la salud, tanto respecto a las nuevas formas de realizar el trabajo (trabajo a través de plataformas digitales, trabajo a distancia, desconexión digital, riesgos psicosociales y ergonómicos, etc.) como a los riesgos relacionados con las nuevas herramientas y sustancias en el trabajo (exposición a nuevos agentes químicos, a la radiación óptica, a los campos electromagnéticos, etc.) Por otro lado, la evolución demográfica ha alterado sustancialmente la composición de la mano de obra y el contenido de las obligaciones que conlleva la salud laboral, dando más importancia a la adaptación del entorno de trabajo. Por último, la transición climática está afectando a la salud y la seguridad de las personas trabajadoras, mediante al aumento de la temperatura ambiental, la contaminación atmosférica, los fenómenos meteorológicos extremos y la presencia de nuevos agentes patógenos en nuestro entorno<sup>17</sup>.

Desde la segunda perspectiva, y partiendo de los avances logrados hasta ahora en el ámbito preventivo, el objetivo es continuar mejorando la prevención para erradicar o reducir al mínimo la mortalidad laboral (agentes carcinógenos, enfermedades cardiovasculares profesionales, etc.); actualizar las normas de la UE sobre sustancias peligrosas para luchar contra el cáncer y las enfermedades reproductivas y respiratorias; elaborar una visión de conjunto sobre salud y seguridad en el trabajo del sector sanitario y de los cuidados; y

<sup>16</sup> UE (2021), Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación, {SWD (2021) 148 final}- {SWD (2021)149 final}. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0323&from=EN>

<sup>17</sup> En este sentido, Carrizosa Prieto, E., *El impacto del cambio climático sobre la salud de las personas trabajadoras*, Noticias CIELO, núm. 9/2021.

promover la sensibilización sobre los trastornos musculoesqueléticos, el cáncer y la salud mental, así como sobre el acoso y el sesgo de género en el lugar de trabajo.

Por último, en relación a aumentar la preparación frente a posibles crisis sanitarias, se promoverá una evaluación exhaustiva de los efectos de la pandemia y la eficiencia de los marcos de la UE y nacionales en materia de salud y seguridad en el trabajo a la hora de desarrollar procedimientos de emergencia y orientaciones para un rápido despliegue, ejecución y supervisión de las medidas frente a posibles crisis sanitarias futuras, en estrecha cooperación con los agentes de la salud pública; se actualizará la Recomendación de la Comisión relativa a las enfermedades profesionales para incluir la COVID-19; y se dictarán orientaciones dirigidas a los inspectores de trabajo sobre la evaluación de la calidad de las evaluaciones de riesgos y las medidas de gestión de riesgos al amparo de la Directiva sobre agentes biológicos.

## 2. LAS IMPLICACIONES DEL NUEVO PRINCIPIO PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Conforme a lo expuesto en el apartado anterior, el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable, y a riesgo de simplificar, exige considerar necesariamente los siguientes ámbitos:

- a) un entorno de trabajo seguro y saludable en relación a condiciones de trabajo justas y equitativas, entorno físico y equipamiento saludable adaptado a la diversidad de las personas, suministro y proveedores saludables, etc.
- b) una adecuada elaboración e implantación de servicios y actividades de prevención y seguridad frente a los riesgos físicos y psicosociales (planes de seguridad laboral adecuados, revisiones y controles médicos preventivos, potenciación de la salud y del bienestar, etc.)
- c) la promoción del bienestar emocional de las personas trabajadoras (posibilitar el equilibrio entre vida personal y profesional, adecuada atención al estrés y factores psicosociales, promoción de una cultura organizacional y de un modelo de liderazgo positivo, erradicando cualquier manifestación de la violencia en el trabajo).
- d) la promoción de hábitos saludables en distintos ámbitos (alimentación, actividad física, *mindfulness*, sueño y descanso adecuado, etc.)<sup>18</sup>.

Es inevitable destacar que gran parte de estas actuaciones podrían considerarse obligatorias en el Ordenamiento jurídico español, algunas directamente y otras de forma indirecta en cuanto derivadas del derecho a la salud (y si se considera insuficiente, el derecho a la integridad física y moral de las personas trabajadoras). La propia regulación sobre prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, en adelante LPRL), establece la obligación de seguridad integrada, obligación que debería referirse tanto a los riesgos físicos como los riesgos psicosociales. Efectivamente, en consonancia con las exigencias constitucionales, dicha legislación reconoce el derecho de los trabajadores a la protección eficaz frente a los riesgos y, en consecuencia, el deber del empresario de proteger a los trabajadores frente a dichos riesgos (art. 14 LPRL), deber que implica múltiples obligaciones, significativamente un genérico deber de protección que exige garantizar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras en todos los aspectos relacionados con el trabajo, objetivo que debe conseguirse mediante

---

<sup>18</sup> OMS (2010), *Ambientes de Trabajo Saludables: Un modelo para la acción...*, op. cit.

la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de todas las medidas necesarias para la protección de la seguridad y la salud de trabajadores y trabajadoras<sup>19</sup>.

De esta forma, el deber general de prevención y protección implica integrar la prevención en el sistema general de gestión de la empresa, integración que, de conformidad con la regulación legal, debe hacerse respecto del conjunto de actividades y, en relación a todos los niveles jerárquicos mediante la implantación y aplicación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales. Esta integración implica que la salud laboral debe proyectarse en la totalidad de la estructura organizativa y productiva, rigiendo los procesos técnicos, la organización del trabajo y las condiciones en que éste se preste<sup>20</sup>; mientras que la alusión a los niveles jerárquicos significa la atribución a todos ellos, y la asunción por éstos, de la obligación de incluir la prevención de riesgos en cualquier actividad que realicen u ordenen y en todas las decisiones que adopten. En definitiva, el concepto de seguridad integrada alude a la necesidad y conveniencia de que la prevención de riesgos impregne la totalidad de las decisiones en el entorno productivo, incluso en momentos anteriores a la organización de la actividad, debiendo tenerse en cuenta como factor decisivo tanto a la hora de planificar la actividad empresarial como a la hora de desarrollarla.

Sin embargo, y aunque los instrumentos que contiene nuestra legislación podrían ser adecuados para abordar los grandes retos que supone la evolución del mundo del trabajo, lo cierto es que la aplicación de la normativa durante estos años ha sido parcial e insuficiente. La doctrina señala distintas líneas de actuación: la necesidad de mejorar el desarrollo reglamentario (definición de requisitos mínimos de condiciones de seguridad y salud o en las limitaciones o prohibiciones sobre operaciones) y de superar las carencias existentes en la cultura de la prevención (falta concienciación de todos los actores implicados), conseguir la uniformidad en su aplicación entre empresas y sectores, promover la coordinación con las administraciones públicas, potenciar la actuación de la Inspección de Trabajo y la independencia de las administraciones públicas frente a las empresas y conseguir que el nivel de burocratización del sistema preventivo no lastre su eficiente y verdadera implantación<sup>21</sup>.

Existen, a efectos de la cuestión que estamos considerando, un cierto consenso en que la norma y su aplicación se centra en exceso en la prevención de enfermedades y accidentes, dejando de lado la promoción de la salud, y de que la prevención de riesgos laborales no es efectiva al estar centrada en el cumplimiento de obligaciones formales y documentales. Ciertamente, el hecho de que los sistemas de prevención se hayan centrado casi en exclusiva en la protección física de las personas trabajadoras ha relegado durante años el tratamiento de las patologías psicológicas derivadas del trabajo, cuando precisamente por su naturaleza pluriofensiva requieren de una política integral y efectiva<sup>22</sup>. No obstante, el verdadero problema de esta nueva concepción parece estar en las hipotéticas obligaciones empresariales que genera, pues implica ir más allá de la seguridad en el trabajo (evitar daños) para centrarse en la salud y el bienestar de las personas trabajadoras (promover la salud). Como acertadamente señala la doctrina, “no se pretende ya solamente evitar que la actividad laboral en la organización productiva pueda suponer una merma de la salud del trabajador, sino que sea un espacio para potenciarla”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Gutiérrez-Solar Calvo, B., “De la prevención de riesgos a la promoción de la salud en el trabajo...”, op. cit. pp. 140 y ss.

<sup>20</sup> Igartua Miró, M.T, La obligación de seguridad 4.0, *Temas Laborales*, núm. 151/2020, p. 334.

<sup>21</sup> Martínez Barroso, M. R., “Marco estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud: retos y repercusión en el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138/2018, pp. 24 y ss.

<sup>22</sup> Martínez Barroso, M. R., “Marco estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud...”, op. cit., pp. 38 y ss.

<sup>23</sup> Gutiérrez-Solar Calvo, B., “De la prevención de riesgos a la promoción de la salud en el trabajo...”, op. cit. p. 141.

En todo caso, debe tenerse en cuenta, que la atención a los riesgos psicosociales genera nuevas dimensiones en la salud laboral, pues el bienestar de las personas trabajadoras, además de la inclusión de un amplio abanico de medidas, gran parte de ellas de naturaleza prestacional, pone el acento en la necesidad de garantizar unas adecuadas condiciones de trabajo, debiéndose destacar, a estos efectos: un sistema de contratación y retribución justa y suficiente; la organización de la actividad productiva en términos flexibles para posibilitar el deseado equilibrio entre la vida personal y laboral (promover la reducción del tiempo de trabajo, priorizar el teletrabajo y los horarios flexibles de trabajo para atender las necesidades de los trabajadores y trabajadoras); la implantación de planes formativos que efectivamente contribuyan a la adaptación a los cambios que se producen en el puesto de trabajo; la erradicación de todos los tipos de violencia en la empresa, con especial atención a las conductas de acoso laboral y de acoso por razón de género; la gestión adecuada y respetuosa de la diversidad en las organizaciones productivas; una política de gestión de riesgos laborales real y efectiva; medidas de acción social saludables y sostenibles, etc.

Los riesgos psicosociales, y dentro de estos, el estrés laboral, constituyen la causa principal del absentismo en las empresas europeas y españolas. El estrés laboral, de acuerdo con estudios realizados sobre la materia, viene motivado por múltiples factores, principalmente: la reorganización del trabajo o la inseguridad laboral (para un 72% de los encuestados), seguido de la carga y el tiempo de trabajo (para el 66% de los encuestados) y de la existencia de situaciones de violencia en el trabajo como el acoso laboral y sexual o por razón de género (destacado por un 59%)<sup>24</sup>. Es patente, en consecuencia, que estos factores (la inseguridad laboral, el tiempo de trabajo y las situaciones de violencia en dicho entorno) deben ser objeto de atención prioritaria para potenciar el bienestar de las personas trabajadoras, al constituir claramente factores de riesgo psicosocial, como puede comprobarse en la figura 2.

**Figura 2. Características estresantes del trabajo (Factores de Riesgo Psicosocial)**

CATEGORÍA	CONDICIONES QUE DEFINEN EL PELIGRO
<b>CONTENIDO DEL TRABAJO</b>	
Medio ambiente de trabajo y equipo de trabajo	Problemas relacionados con la fiabilidad, disponibilidad, adecuación y mantenimiento o reparación del equipo y las instalaciones
Diseño de las tareas	Falta de variedad y ciclos de trabajo cortos, trabajo fragmentado o carente de significado, infrautilización de las capacidades, incertidumbre elevada.
Carga de trabajo / ritmo de trabajo	Exceso o defecto de carga de trabajo, falta de control sobre el ritmo, niveles elevados de presión en relación con el tiempo.
Horario de trabajo	Trabajo en turnos, horarios inflexibles, horarios impredecibles, horarios largos o que no permiten tener vida social.
<b>CONTEXTO DE TRABAJO</b>	
Función y cultura organizativas	Comunicación pobre, bajos niveles de apoyo para la resolución de problemas y el desarrollo personal, falta de definición de objetivos organizativos.
Función en la organización	Ambigüedad y conflicto de funciones, responsabilidad por otras personas.
Desarrollo profesional	Estancamiento profesional e inseguridad, promoción excesiva o insuficiente, salario bajo, inseguridad laboral, escaso valor social del trabajo
Autonomía de toma de decisiones (aptitud de decisión), control	Baja participación en la toma de decisiones, falta de control sobre el trabajo (el control, particularmente en forma de participación, es asimismo una cuestión organizativa y contextual más amplia).
Relaciones interpersonales en el trabajo	Aislamiento social y físico, escasa relación con los superiores, conflicto interpersonal, falta de apoyo social
Interfaz casa-trabajo	Exigencias en conflicto entre el trabajo y el hogar, escaso apoyo en el hogar, problemas profesionales duales.

Fuente: Cox, T., Griffiths, A. J., & Rial-González, E. (2000), Research on work-related stress

<sup>24</sup> Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (2013). *Sondeo de Opinión Paneuropeo sobre Seguridad y Salud en el Trabajo*. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/safety-health-in-figures>.

La consideración de los factores de riesgos psicosociales, sus causas, efectos y las medidas preventivas necesarias para evitarlos suponen un importante reto que requiere valorar y analizar la organización y sus distintas políticas, el contenido del trabajo, la realización de las tareas, la generalidad de las condiciones de trabajo, así como las relaciones y aptitudes que mantienen las personas trabajadoras entre sí. La amplitud de las materias implicadas, el carácter transversal de este tipo de políticas y su importancia requieren, para finalizar esta aportación, una somera reflexión sobre los mecanismos adecuados para su implementación.

A estos efectos, abogamos por fomentar la negociación y el acuerdo en la generalidad de los casos y durante todo el proceso, pues solo así se puede garantizar que los trabajadores y sus representantes participen de una manera significativa en cada fase, desde la programación hasta la implantación y evaluación<sup>25</sup>. Ciertamente, se podría considerar que en nuestro ordenamiento jurídico la ordenación de muchas de esas materias corresponde a facultades que integran el poder de dirección empresarial, reservando únicamente la legislación pequeños espacios para la negociación colectiva (especialmente, en el caso de la contratación laboral, organización del trabajo, gestión de los riesgos laborales, etc.), pero esta circunstancia no impide que los distintos planes o procesos se articulen con una importante participación de los trabajadores y sus representantes.

La regulación laboral posibilita la adopción de este tipo de medidas, siendo muchas de ellas negociables en el ámbito empresarial bien a través de convenios colectivos o bien a través de otro tipo de acuerdos más informales. De hecho, desde la Reforma Laboral de 2012, son numerosas las materias que han quedado reservadas a la negociación colectiva de ámbito empresarial en virtud de la preferencia aplicativa que tiene este ámbito de regulación (art. 84.2 ET). Así la regulación estatutaria reconoce la posibilidad de negociar convenios de empresa en cualquier momento, garantizando su prioridad aplicativa, siempre que se regulen materias como el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen a los convenios de empresa y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Por otro lado, y en relación con las materias propias del ámbito sectorial, el art. 82.3 del ET regula un procedimiento que posibilita al empresario y los representantes de los trabajadores (aquellos que estén legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1 ET), y previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4 ET, la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, cuando afecten a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social; materias todas ellas que pueden tener un impacto considerable en el tema que estamos considerando.

### 3. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Las primeras décadas del nuevo siglo han hecho emerger, especialmente a partir del año 2010, una serie de factores que indican en la forma en que se realiza el trabajo.

---

<sup>25</sup> OMS, *Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelo de la OMS: Contextualización, Prácticas y Literatura de Apoyo...*, op. cit. pp. 69 y ss.

La globalización, auspiciada por las TIC y su rapidísima evolución, han dado paso a la digitalización del mercado de trabajo a una velocidad nunca vista. En apenas 15 años hemos asistido a una rápida transformación de los sistemas productivos, desde la industria 2.0 a la actual industria 5.0, con lo que ello conlleva para las condiciones y la dinámica de las relaciones de trabajo. La globalización, las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos y la transición climática están haciendo zozobrar, para bien o para mal, la generalidad de las instituciones sobre las que se asienta el derecho social. Si bien los primeros análisis sobre la digitalización se centraron en los efectos que pudiera tener sobre el empleo, aumentando o reduciendo el trabajo disponible, pronto los análisis se fueron extendiendo a otras instituciones, entre ellas la salud laboral. Las mismas consideraciones pueden efectuarse sobre la transición climática y los cambios demográficos.

En el ámbito de la salud se ha ido produciendo una transformación paulatina en su concepción y aplicación en el ámbito laboral al hilo de las transformaciones tecnológicas y de los riesgos que provocan, mayoritariamente, aunque no exclusivamente, riesgos psicosociales. En este contexto, la aparición de la pandemia generada por la COVID-19, su impacto en los mercados de trabajo y en las políticas de prevención de las organizaciones, ha puesto de manifiesto los déficits de dichos sistemas, así como la necesidad de potenciarlos y ampliarlos para cubrir de forma efectiva los riesgos psicosociales. En consecuencia, todos estos factores que afectan el trabajo refuerzan la necesidad de articular un nuevo concepto de salud laboral más integral, que no solo se ocupe del entorno físico, sino también del psicosocial, emocional y de hábitos saludables de las personas, tanto en su vida profesional como personal (*Wellbeing*).

Así lo han entendido los organismos internacionales que desde el año 2010 vienen trabajando en la formulación del derecho a un entorno de trabajo seguro, saludable y sostenible. Así deriva de los análisis y declaraciones de la OMS, de la OIT y de la UE, que, ante las grandes transformaciones que está viviendo el mundo del trabajo han apostado por centrar las estrategias, instituciones y normas en la protección de las personas. En los últimos meses estos avances han fraguado en la consideración del derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable como uno de los principios fundamentales de la Organización, incluyéndolo en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), en su versión enmendada en 2022.

De acuerdo con ello, los distintos Estados deberán observar, independientemente de que los hayan ratificado, los Convenios declarados fundamentales [entre otros, el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm.187)]; y, de acuerdo con la concepción analizada, garantizar la salud, seguridad y bienestar en el entorno físico y psicosocial de trabajo, incluyendo la organización del trabajo y la cultura laboral; los recursos de salud personal en el lugar de trabajo y articular mecanismos de participación para mejorar la salud de los trabajadores, sus familias y los miembros de la comunidad. Por lo que hace al ordenamiento jurídico español y dada la situación de partida, evidenciada por la pandemia, se habrá de potenciar considerablemente la protección frente a riesgos psicosociales y desarrollar el concepto de bienestar, prácticamente ausente en las políticas públicas y empresariales.





## **LA PRESENCIA OBLIGATORIA DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS**

ANA MORENO MÁRQUEZ

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

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. SUPUESTOS EN LOS QUE SE EXIGE LA PRESENCIA DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS: ¿EN TODO CASO?
3. VALORACIONES FINALES

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (Ley 54/2003), trató de dar respuesta a los problemas que se venían detectando en la aplicación práctica de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) y en su normativa de desarrollo; problemas que se ponían de manifiesto por los elevados índices de siniestralidad, debido a un mero cumplimiento formal de la normativa y a la falta de integración de la prevención en la empresa. Por ello, el legislador introdujo una serie de modificaciones de la normativa preventiva con el fin de combatir la siniestralidad, fomentar la cultura de la prevención de riesgos laborales en el trabajo, reforzar la necesidad de integrar la prevención en la empresa y mejorar el control del cumplimiento de dicha normativa. En concreto, una de las modificaciones fue la inclusión en la LPRL, por una parte, del art. 32 bis relativo a la “presencia de recursos preventivos” y, por otra, de la DA 14 LPRL en la que se hace referencia a la “presencia de recursos preventivos en las obras de construcción”<sup>1</sup>. En el art. 32 bis LPRL se establecieron determinados aspectos, si bien, otros quedaron sin concretar, por lo que fue preciso su desarrollo, lo que tuvo lugar a partir de la introducción del art. 22 bis en el RSP, por el RD 604/2006, de 19 de mayo<sup>2</sup>.

Con carácter transitorio, hasta que se produjo ese desarrollo reglamentario, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social adoptó el Criterio Técnico nº 39/2004, de 16 de diciembre, sobre presencia de recursos preventivos a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (CT 39/2004), que, posteriormente, fue derogado por el Criterio Técnico nº 83/2010, sobre la presencia de recursos preventivos en las empresas, centros y lugares de trabajo (CT 83/2010), en el que se establecieron una serie de pautas de actuación inspectora con el fin de garantizar su homogeneidad en los distintos supuestos en los que es obligatoria la presencia de recursos preventivos, y, a su vez, de dar respuesta a ciertas cuestiones y consultas que en la práctica habían venido surgiendo con respecto a la figura del recurso preventivo<sup>3</sup>.

De este modo, el legislador añadió una nueva obligación para el empresario<sup>4</sup> de carácter instrumental, ya que contribuye al cumplimiento de su deber general de prevención. Una

---

<sup>1</sup> Vid. González Labrada, M., “Decimocuarta. Presencia de recursos preventivos en las obras de construcción”, en AAVV., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* (A.V. Sempere Navarro, Dir., M. Cardenal Carro, M. e I. Alzaga Ruiz, Coord.), Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 1002-1010; González Ruiz, A., *El recurso preventivo*, FC editorial, Madrid, 2012; Riobello, M., *El recurso preventivo en 360º*, Lex Nova, Valladolid, 2012; Moreno Márquez, A. “Artículo 32 bis. Presencia de los recursos preventivos”, en AAVV., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* (A.V. Sempere Navarro, Dir., M. Cardenal Carro, M. e I. Alzaga Ruiz, Coord.), Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 634-658.

<sup>2</sup> Vid. Moreno Márquez, A., “Modificaciones en materia de prevención de riesgos laborales introducidas por el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo”, *Relaciones Laborales*, nº 18, 2006, pp. 75-101.

<sup>3</sup> Vid. así mismo, la Nota Técnica de Prevención 994 relativa a “El recurso preventivo”, INSHT, 2013, en <https://www.insst.es/documents/94886/327567/ntp-994+w.pdf/1d0e9a95-0930-4987-a2f2-3e759e9144e2>. El art. 32 bis 2 de la LPRL señala quienes pueden ser recursos preventivos, en concreto, indica que el empresario podrá asignar la presencia a uno o varios trabajadores designados de la empresa; uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa; uno o varios miembros del servicio o servicios de prevención ajenos concertados por la empresa. Es decir, sujetos que se ocupan de las labores preventivas en la empresa, y que en el caso de ser varios deben colaborar entre sí con objeto de que su labor sea eficaz. Si bien, el art. 32 bis 4 de la LPRL también establece la posibilidad de que el empresario puede asignar la presencia a “uno o varios trabajadores de la empresa”, trabajadores que no forman parte del servicio de prevención propio, ni son trabajadores designados, pero tienen experiencia en actividades o procesos que van a exigir la presencia de recursos preventivos, y cuentan, como mínimo, con la formación correspondiente a la necesaria para realizar funciones de nivel básico (vid. al respecto, CT 89/2010). Unos trabajadores que también están obligados a colaborar con el resto de los recursos preventivos.

<sup>4</sup> De hecho, constituye infracción grave “la falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo, o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia” (art. 12.15 b) TRLISOS), e infracción muy grave en los supuestos anteriores “cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales” (art. 13.8 b) TRLISOS).

obligación que se concreta en la necesidad de que el empresario asigne la presencia en el centro de trabajo a los recursos preventivos en unos supuestos concretos, a los que se hará referencia, con la finalidad de “vigilar el cumplimiento de las medidas preventivas”<sup>5</sup> para conseguir un adecuado control de los riesgos derivados de la situación que determina que sea obligatoria dicha presencia. Por tanto, como se verá, no se trata de una figura que tenga como finalidad la sustitución de las medidas preventivas que en cada caso sean necesarias, y con ello el deber de protección del empresario (art. 14.1 LPRL), sino de una medida preventiva complementaria (art. 22 bis 4 RSP).

## 2. SUPUESTOS EN LOS QUE SE EXIGE LA PRESENCIA DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS: ¿EN TODO CASO?

Con carácter general, el legislador exige la presencia de los recursos preventivos en el centro de trabajo en “supuestos y situaciones de especial riesgo y peligrosidad” (Exposición de Motivos de la Ley 54/2003), a los que se hace referencia en el art. 32 bis 1 LPRL, y que han sido desarrollados en el art. 22 bis 1 RSP<sup>6</sup>. Se trata de “casos en los cuales se constata la existencia de un riesgo o peligro cualificado, que excede del riesgo normal propio de la actividad desarrollada en el centro”<sup>7</sup>; si bien, por lo que aquí interesa, es importante tener en cuenta que la doctrina judicial ha venido concretando si en realidad se debe exigir o no esa presencia en determinados supuestos que a continuación se analizarán. Además, no hay que olvidar lo establecido al respecto en el CT 89/2010.

### 2.1. La concurrencia de diferentes operaciones

El empresario deberá asignar recursos preventivos cuando concurren diversas operaciones que se desarrollen de forma sucesiva o simultánea, como sucede en los casos previstos en el art. 24 LPRL; aunque, no basta con que se produzca esa concurrencia de operaciones, que coincidan en el tiempo o que se encadenen de forma sucesiva, sino que es necesario que la mencionada concurrencia determine que los riesgos presentes en el proceso productivo, o en la concreta actividad que se desarrolle, puedan verse agravados

<sup>5</sup> Es el art. 22 bis 4 del RSP el que especifica el alcance de dicha finalidad. En general, se trata de asegurar que se adoptan las medidas y así controlar que no se actualicen los riesgos. Pero, la norma va más allá de esa función de mero control y vigilancia en los términos señalados, ya que en el marco de esa vigilancia se incluyen facultades de comprobación que se proyectan sobre las actividades preventivas previstas en la planificación; si bien, esta vez, se trata de constatar su eficacia. Los recursos preventivos deben verificar si las actividades preventivas que se han planificado pueden dar respuesta a los riesgos que pueden generarse en los supuestos en los que se requiere su presencia e impedir su actualización. En relación a estos riesgos la norma distingue los que se han detectado en la evaluación para los que se han tomado medidas con objeto de evitar dicha actualización; y los riesgos que aparecen y no se han previsto, por lo que la función de vigilancia va a permitir a los sujetos a los que se les encomienda esa presencia detectarlos. Además, hay que señalar que, en algún caso, se puede comprobar como los sujetos negociadores atribuyen al recurso preventivo la “potestad para sacar de la obra a cualquier trabajador que no cumpla con las normas de seguridad, o entienda que puede poner en riesgo su propia seguridad o la del resto, tras previa comunicación al Director de la obra” (art. 8 c) del Convenio Colectivo de la empresa Electricidad Guria, S.L. Resolución de 12 de abril de 2021, BO Gipuzkoa de 23 de abril de 2021).

<sup>6</sup> Vid., Alegre López, J., *La reforma de la Prevención de Riesgos Laborales (Ley 54/2003, de 12 de diciembre y Real Decreto 171/2004, de 30 de enero)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 46-53; Domínguez Perejón, C., “Las nuevas obligaciones e infracciones tras la reforma del marco normativo de la ley de prevención de riesgos laborales”, *Temas Laborales*, n° 73, 2004, pp. 91 y 92; Pérez Capitán, L., “Un comentario a la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales”, *Justicia Laboral*, n° 16, 2003, pp. 18-20. En todo caso, es posible que los sujetos negociadores establezcan otros supuestos distintos a los previstos por el legislador en los que también sea necesaria la citada presencia.

<sup>7</sup> Cfr. STSJ Islas Baleares, de 12 de mayo de 2017 (rec. 448/2016). Vid. Carrero Domínguez, C. “La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales: una solución de retoque”, *Temas Laborales*, n° 73, 2004, p. 63: “los supuestos que contempla la Ley, obviamente, son lo suficientemente importantes como para que se tengan que adoptar medidas adicionales que tiendan a un mayor control de los riesgos”.

o modificados, y ello haga preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo (art. 32 bis 1 a) LPRL y 22 bis 1 a) RSP). Por tanto, junto al requisito inicial de concurrencia de operaciones o actividades, en los términos señalados, se contemplan dos requisitos adicionales, por una parte, esa posible agravación o modificación de los riesgos, y, por otra, la mencionada necesidad de controlar la aplicación correcta de los citados métodos de trabajo. Si se acude a la Exposición de Motivos de la Ley 54/2003, en este supuesto se hace referencia a actividades como las obras de construcción, o la construcción naval en las que el número de accidentes viene siendo muy elevado, precisamente por la mencionada agravación o modificación de los riesgos; de ahí la necesaria presencia de los recursos preventivos para evitar que se produzcan. Ahora bien, esto no significa que solo se aplique a esas actividades, sino que el legislador las menciona con carácter ejemplificador, ya que la norma hace una referencia genérica a esa concurrencia de operaciones en la que los riesgos pueden verse agravados o modificados y en la que es preciso que exista un control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo, lo que claramente puede producirse en las citadas actividades, pero no solo en estas.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la evaluación de riesgos se presenta como un instrumento fundamental para identificar esas situaciones, y, por tanto, para detectar la necesidad de la mencionada presencia de los recursos preventivos (art. 22 bis 2 párrafos 1º y 2º del RSP). De este modo, en la evaluación inicial o en las sucesivas se van a identificar los riesgos que pueden verse agravados o modificados, precisamente por la concurrencia de operaciones sucesivas o simultáneas, lo que, a su vez, permitirá delimitar caso por caso el supuesto genérico del que parte el art. 32 bis.1 a) de la LPRL y reproduce el art. 22 bis 1.a) del RSP sin mayor especificación; mientras que en la planificación de la actividad preventiva se establecerá la forma de llevar a cabo la citada presencia de los recursos preventivos.

Por su parte, en el caso de las obras de construcción, como se ha indicado, la DA 14 LPRL hace referencia a la presencia de recursos preventivos en las mismas. En concreto, el apartado 1.b) de esta DA señala que esa presencia será necesaria en el supuesto previsto en el art. 32 bis.1 a) LPRL “cuando, durante la obra, se desarrollen trabajos con riesgos especiales” como se definen en el Anexo II del RD 1627/1997, en el que se contiene una relación no exhaustiva de los citados trabajos<sup>8</sup>; lo que no implica que, por ello, cualquier actividad en la obra vaya a requerir dicha presencia<sup>9</sup>. En este sentido, también hay que considerar que en el citado Anexo II se hace referencia no a cualquier riesgo sino a “riesgos de especial gravedad”, como señala el art. 2.1 b) RD 1627/1997, que, como se indica en la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción<sup>10</sup>, conlleva que de la exposición del trabajador a este tipo de riesgos puede derivarse un daño grave para su salud, al margen de que dicha exposición sea limitada en cuanto a su intensidad o a su duración. Solo se considerará que se trata de un trabajo con dichos riesgos, como se señala en la citada Guía, “si, tras la aplicación de los principios de prevención, el riesgo continúa siendo de especial gravedad, lo que hace necesario adoptar medidas adicionales”, ya sean de “protección colectiva o individual”, con el fin de evitar, o,

<sup>8</sup> 1. Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo; 2. Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos suponga un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible; 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas; 4. Trabajos en la proximidad de líneas eléctricas de alta tensión; 5. Trabajos que expongan a riesgo de ahogamiento por inmersión; 6. Obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos; 7. Trabajos realizados en inmersión con equipo subacuático; 8. Trabajos realizados en cajones de aire comprimido; 9. Trabajos que impliquen el uso de explosivos; y 10. Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados.

<sup>9</sup> Vid. STSJ Comunidad Valenciana, de 21 de marzo de 2017 (rec. 1424/2016).

<sup>10</sup> Edición de noviembre de 2019, en [https://www.insst.es/documents/94886/96076/g\\_obras.pdf/1d47a9bb-7f57-4789-a8fc-b9f2748200bf](https://www.insst.es/documents/94886/96076/g_obras.pdf/1d47a9bb-7f57-4789-a8fc-b9f2748200bf)

en su caso, minimizar “la posibilidad de que el trabajador sufre un daño grave”. Por tanto, solo en ese caso se puede hacer referencia a esa especial gravedad. Además, al tratarse de un listado no exhaustivo, han de considerarse aquellos trabajos que su desarrollo pueda exponer a los trabajadores a un riesgo de especial gravedad en los términos señalados. Pues bien, en las obras de construcción será en el plan de seguridad y salud en el trabajo, como “instrumento básico de ordenación de las actividades de identificación y, en su caso, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva” (art. 7.3 RD 1627/1997), en el que se determinará la forma de llevar a cabo la citada presencia (DA única a) RD 1627/1997), y, en particular, “en qué riesgos se deba dar” la misma en este supuesto (CT 83/2010).

Con respecto a la concurrencia de operaciones, hay que indicar que si en el centro de trabajo solo realiza actividades una empresa, será esta, cuando se cumplan los requisitos señalados, la que deberá designar el recurso preventivo, o los recursos preventivos que sean necesarios; si son varias las empresas que concurren en el mismo centro de trabajo, y realizan las operaciones concurrentes a las que hace referencia el art. 32 bis 1 a) LPRL y 22 bis 1 a) RSP, será la empresa o las empresas que realicen esas operaciones la/s obligada/s a asignar esa presencia, ya que su actividad es la que agrava o modifica el riesgo de las demás, tengan o no relación jurídica entre ellas (art. 22 bis 9 RSP, CT 83/2010). Cuando sea una empresa subcontratista la que lleve a cabo esas operaciones será esta la que deberá asignar recursos preventivos; lo que se contemplará en la evaluación de riesgos. Podría plantearse que, en realidad, las operaciones que se llevan a cabo por cada una de esas empresas de forma aislada no implican la obligación de asignar recursos preventivos, pero hay que tener en cuenta que precisamente la presencia en el mismo centro de trabajo es la que determina que exista concurrencia de operaciones<sup>11</sup>, y esa posible agravación o modificación de los riesgos, que hace necesario el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo.

Pero, además, hay que considerar el hecho de que las operaciones se pueden desarrollar de forma sucesiva, o de forma simultánea<sup>12</sup>. En el primer caso, la operación puede agravar o modificar los riesgos que están presentes en el centro de trabajo y, por ello, afectar a las labores que lleven a cabo otra empresa. En este supuesto, será la segunda empresa que realiza los trabajos la obligada a designar el recurso preventivo, ya que sus métodos de trabajo se verán modificados por la actividad que lleva a cabo la primera empresa y, por tanto, tendrá que controlarlos, lo que determina la necesidad de que entre esas empresas exista un intercambio de información, y los medios de coordinación que sean precisos. Esto no impide que si existen otras circunstancias que determinen la necesidad de designar recursos preventivos por parte de la primera esta debe hacerlo. En el segundo caso, esto es, cuando se trata de operaciones, que llevan a cabo distintas empresas en el centro de trabajo, desarrolladas de forma simultánea, y los riesgos pueden modificarse o agravarse mutuamente, por lo que es preciso que los métodos de trabajo se controlen de forma simultánea, todas ellas estarán obligadas a asignar recursos preventivos que deberán colaborar entre sí y con el resto de recursos preventivos. Sin embargo, en el sector de la construcción hay que tener en cuenta que, como se ha señalado, se establecen una serie de peculiaridades (DA 14 LPRL, DA 10 RSP y DA única RD 1627/1997), de forma que será en el plan de seguridad y salud en el trabajo donde se determinará la forma de llevar a cabo la mencionada presencia y que, en todo caso, será la empresa contratista la obligada a asignar la presencia de recursos preventivos (DA 14.1 a) LPRL, art. 2.1 h) RD 1627/1997)<sup>13</sup>, ya que

<sup>11</sup> Vid. Miñarro Yanini, M., “La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales: el desarrollo del artículo 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales”, *Aranzadi Social*, 2004/V, pp. 879 y 880.

<sup>12</sup> Vid. CT 83/2010.

<sup>13</sup> Vid. STSJ de Cataluña, de 8 de febrero de 2018 (rec. 5813/2017).

es a esta a la que le corresponde la elaboración de dicho plan (art. 7.1 RD 1627/1997) y, en su caso, la introducción de medidas correctoras.

Pues bien, en esos supuestos, en los que existen empresas concurrentes en el centro de trabajo que llevan a cabo operaciones concurrentes en los términos señalados, el legislador establece el deber de colaboración de los distintos recursos preventivos que han de estar presentes en dicho centro mientras se desarrollan esas operaciones concurrentes, sobre todo porque los riesgos que se derivan de la labor que realizan unas empresas en el mismo centro de trabajo pueden afectar a los trabajadores de otra u otras empresas que prestan servicios en dicho centro. De ahí que la norma haya previsto dicho deber de colaboración. Esta colaboración debería implicar una comunicación entre unos y otros recursos para que cada uno de ellos pueda ejercer su función y pueda dirigirse a su empresario para ponerlo en su conocimiento, ya que, en esos casos, la ausencia, insuficiencia o falta de adecuación de las medidas preventivas puede poner en peligro la seguridad y salud de los trabajadores de esas otras empresas que concurren en el mismo centro de trabajo. Además, también deberán colaborar con la persona encargada de la coordinación de actividades preventivas del empresario titular o principal del centro; lo que ya se contemplaba en el art. 13 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el art. 24 de la LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales, y en este caso recuerda el art. 22 bis 9 RSP.

No obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina judicial, esto no significa que siempre se deba contar con la citada presencia en cualquier supuesto de concurrencia de operaciones sucesivas o simultáneas. Pueden concurrir operaciones diversas, pero eso no es suficiente en todos los casos, debe ser “preciso un control específico de cómo se aplican los métodos de trabajo, dado que una aplicación inadecuada de tales métodos podría dar lugar a ese agravamiento o modificación del riesgo”, por lo que en algunos supuestos, no será necesario ese control si no se contempla que esto pueda suceder. Así se ha señalado en el caso de las “operativas de limpieza y engrase de agujas de los factores de circulación”, si bien, se trata de un supuesto concreto, en el que se adoptan unas medidas preventivas (“no circulación de trenes durante la limpieza”) que no hacen necesaria la presencia de recursos preventivos como medida complementaria<sup>14</sup>; de todos modos, también hay que considerar que se dan unas circunstancias específicas que pueden cambiar y hacer precisa esa presencia de recursos preventivos<sup>15</sup>.

Distinto es el caso en el que se realizan actividades de forma sucesiva pero no se puede apreciar que exista concurrencia, por lo que, no será necesaria la presencia de recursos preventivos, como ocurre cuando las diferentes tareas las realiza un trabajador de manera sucesiva, sin que haya otros trabajadores que de forma sucesiva o simultánea desarrollen otras labores. En concreto, no se considera que exista concurrencia de actividades “en el tajo” donde tan solo un trabajador realiza “la labor extractiva”, sin que existan otros trabajadores en el mismo, y es “el único” que carga “los camiones cuando estos llegaban a la cantera”, de

<sup>14</sup> Cfr. STSJ de Cataluña, de 18 de septiembre de 2015 (rec. 3461/2015): “la Sala considera que sí existe concurrencia de operaciones diversas, porque tal consideración ha de tener la circulación de trenes y la limpieza y el engrase de agujas; sin que pueda atenderse en este punto el criterio de la Inspección (f.429 y ss) de que no hay concurrencia de tareas porque durante la limpieza de agujas “no hay circulación de trenes”. Dicha conclusión supone confundir la medida preventiva con el supuesto de hecho que la genera. En efecto, cuando el art. 32 bis LPRL habla de que los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente, fija el supuesto de hecho que da lugar a la adopción de medidas preventivas, no pudiendo identificarse la correcta implementación de éstas (no circulación de trenes durante la limpieza) con la no concurrencia de operaciones diversas”.

<sup>15</sup> De hecho, en la propia STSJ de Cataluña, de 18 de septiembre de 2015 (rec. 3461/2015), se indica que es innecesaria la presencia de recursos preventivos, pero solo “en el caso concreto en que quien presta los servicios es personal de la propia ADIF y no personal externo subcontratado, supuesto en que sí sería preciso un control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo en quienes por falta de vinculación, formación e información directa de la empresa pueden incurrir en errores o negligencias al aplicar el procedimiento de trabajo en cuestión que hacen precisa la concurrencia del recurso preventivo”.

modo que tan solo es una persona la que trabaja en ese espacio, con independencia de que de forma sucesiva realice labores diferentes<sup>16</sup>.

## 2.2. La realización de actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales

El empresario también está obligado a asignar la presencia de recursos preventivos “cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales” (art. 32 bis 1 b) LPRL); actividades y procesos que se recogen en el art. 22 bis 1 b) RSP. En concreto, se hace referencia a cinco actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales<sup>17</sup>: trabajos con riesgos especialmente graves de caída desde altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados o el entorno del puesto de trabajo; trabajos con riesgo de sepultamiento o hundimiento; actividades con máquinas sin declaración CE, por ser su comercialización anterior a la entrada en vigor de la normativa<sup>18</sup>; trabajos en espacios confinados<sup>19</sup>; y trabajos con riesgos de ahogamiento por inmersión (excepto los realizados con equipos subacuáticos)<sup>20</sup>. Como se puede comprobar, se trata de trabajos que tienen en común el hecho de que estadísticamente se ha constatado la existencia de unos índices de siniestralidad muy elevados; de ahí que se hayan seleccionado con objeto de reforzar la prevención en ese aspecto. Además, algunos de esos trabajos coinciden con los señalados en el Anexo II del RD 1627/1997<sup>21</sup>, en concreto, los riesgos especialmente graves de caída de altura; los trabajos de sepultamiento o hundimiento<sup>22</sup>; y los trabajos con riesgo de ahogamiento por inmersión.

Si bien, hay que tener en cuenta que en el art. 22 bis b) RSP se indica, como se ha señalado, que se trata de “actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales”, lo que conlleva que no es preciso en estos supuestos que los riesgos sean “especialmente graves”, como señala el referido Anexo II del RD 1627/1997, salvo en el caso de los trabajos con riesgo de “caída desde altura”, ya que también se hace referencia a esa especial gravedad. En este sentido, de acuerdo con el CT 83/2010, no todo trabajo en el que se detecte riesgo de altura (superior a dos metros) va a determinar que sea obligatoria la presencia de recurso preventivo, sobre todo porque el legislador hace referencia a “riesgos especialmente graves”, por tanto, no a cualquier riesgo de caída desde altura, sino en los términos a los que se ha hecho mención; como se contempla en la citada Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción. Así, se hace referencia, a modo de ejemplo, a los trabajos en los “que se utilicen técnicas de acceso y de posicionamiento mediante cuerdas, trabajo de montaje y desmontaje de andamios o redes de seguridad, o trabajos a más de 6 metros de altura o menor”, si no se garantiza totalmente la seguridad del trabajador “sino mediante la utilización de un equipo de protección individual contra el referido riesgo”.

Es más, puede suceder que la persona trabajadora realice los trabajos desde altura en un lugar en el que exista un cerramiento, por ejemplo, trabajos de “albañilería en hoja interior

<sup>16</sup> Cfr. STSJ de Galicia, de 12 de diciembre de 2019 (rec. 3226/2019).

<sup>17</sup> A estas actividades se remite la DA 12, apartado 2 del RSP, concretando de ese modo qué se entiende por actividades peligrosas o con riesgos especiales, a efectos de lo establecido en el art. 13.8.b) de la TRLISOS.

<sup>18</sup> Vid. STSJ de Cantabria, de 1 de junio de 2021 (rec. 309/2021).

<sup>19</sup> Vid. STSJ de Aragón, de 4 de junio de 2019 (rec. 259/2019).

<sup>20</sup> Vid. STSJ de Cantabria, de 4 de julio de 2011 (rec. 400/2011).

<sup>21</sup> De hecho, en algunos casos, es posible comprobar que es necesaria la presencia de los recursos preventivos porque se realizan estas actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales (arts. 32 bis 1 b) LPRL y 22 bis 1 b) RSP), y, además, porque se produce la mencionada concurrencia de diversas operaciones y se desarrollan trabajos con riesgos especiales (arts. 32 bis 1 a) LPRL y 22 bis 1 a) RSP y DA 14 LPRL). Vid., por ejemplo, STSJ de Cataluña, de 6 de mayo de 2010 (rec. 133/2009).

<sup>22</sup> Vid. STSJ de Madrid, de 27 de junio de 2018 (rec. 265/2018); STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de octubre de 2018 (rec. 3055/2017); STSJ Murcia, de 4 de septiembre de 2019 (rec. 776/2018).



del cerramiento en uno de los castilletes de la obra”, si bien, situado a 7 u 8 metros de altura, lo que implica que ha de tenerse en cuenta “la tarea de subir al castillete, los andamios necesarios para seguir realizando las tareas encomendadas”, de modo que “fuera el núcleo de la tarea encomendada, o accesoria a ella, debió de ser prevista por la empresa”<sup>23</sup>; de ahí la necesidad en este caso de contar con la presencia de recurso preventivo. De todas formas, han de considerarse las circunstancias de cada caso concreto para valorarlas y determinar si ese riesgo de altura es de especial gravedad, como ocurre, por la propia peligrosidad de la actividad desarrollada; tal es el caso de los “trabajos de desmantelamiento de forjados”<sup>24</sup> que, igualmente, comportan un riesgo de caída desde altura.

Pero, además, hay que tener en cuenta que la mención a “riesgos especialmente graves” que se contempla en el citado art. 22 bis 1 b) 1º RSP, no solo se ha entendido referida al riesgo de “caída desde altura”, sino a cualquiera en el cual se produzcan “riesgos especialmente graves”, ya sea por caída desde altura, como también por las particulares características de la actividad desarrollada, por los procedimientos aplicados, o, finalmente, por el entorno del puesto de trabajo”. En concreto, se ha interpretado que “un trabajo de montaje o desmontaje de elementos prefabricados pesados, de conformidad con el artículo 22 bis del Real Decreto 39/1997, es un supuesto de riesgo especialmente grave “por las particulares características de la actividad realizada”, por lo que le son de aplicación las prescripciones de dicho artículo y del 32 bis de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”. Por tanto, la mención a las particulares características de la actividad y a los procedimientos aplicados no hace referencia a la caída desde altura, sino a los trabajos con riesgos especialmente graves. De otro modo, con una interpretación restrictiva en la que lo relevante a estos efectos fuera la caída desde altura, se estaría reduciendo el elenco de supuestos en los que es obligatoria la presencia de los recursos preventivos; lo que carece de sentido desde el punto de vista preventivo<sup>25</sup>.

Con respecto a los trabajos con riesgo de sepultamiento o hundimiento, aunque en la mayoría de los casos se exige la presencia de recurso preventivo<sup>26</sup>, también se puede observar como en algún supuesto “no se aprecia la necesidad de la presencia de recurso preventivo durante la actividad”, por diferentes razones, en primer lugar, por no existir “riesgos especiales”<sup>27</sup>, es decir, no hay que olvidar que la norma no hace referencia de forma aislada a los citados trabajos, sino que los incluye bajo la denominación de “actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales”, de modo que en la medida en que no se puedan calificar de esa forma no se podrá señalar que esos trabajos determinan que exista obligación de contar con la citada presencia del recurso preventivo; y, en segundo lugar, porque “no existía riesgo alguno de sepultamiento durante la actividad extractiva mientras el trabajador la realizara según lo indicado, esto es, con y dentro de la máquina”, ya que la propia máquina “actúa como sistema de protección del trabajador”<sup>28</sup>; considerándose de ese modo que no es precisa esta medida preventiva complementaria.

Junto al citado listado de actividades el RSP también recoge un listado no exhaustivo (“entre otros”) de actividades o trabajos para los que se han previsto una serie de medidas singulares<sup>29</sup> que se aplicarán en lugar de acudir a la presencia de recursos preventivos

<sup>23</sup> Cfr. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de noviembre de 2012 (rec. 3640/2011).

<sup>24</sup> Cfr. STSJ Comunidad Valenciana, de 23 de noviembre de 2021 (rec. 2026/2021).

<sup>25</sup> Cfr. STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 15 de octubre de 2008 (rec. 899/2008).

<sup>26</sup> Cfr. STSJ de Madrid, de 27 de junio de 2018 (rec. 265/2018); STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de octubre de 2018 (rec. 3055/2017).

<sup>27</sup> Cfr. STSJ de Galicia, de 12 de diciembre de 2019 (rec. 3226/2019): “pues las perturbaciones derivadas de la actividad de arranque se califican por el perito como de “orden menor” que no suponen riesgo para la máquina ni para su operador”

<sup>28</sup> Cfr. STSJ de Galicia, de 12 de diciembre de 2019 (rec. 3226/2019).

<sup>29</sup> Trabajos en inmersión con equipos subacuáticos; que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes, en cajones de aire comprimido, con riesgo de explosión por la presencia de atmósferas explosivas; actividades donde se manipulan, transportan y utilizan explosivos; y, por último, trabajos con riesgos eléctricos.

(art. 22 bis 8 del RSP). En concreto, la norma hace referencia a trabajos en inmersión con equipos subacuáticos; que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes, en cajones de aire comprimido, con riesgo de explosión por la presencia de atmósferas explosivas; actividades donde se manipulan, transportan y utilizan explosivos; y, por último, trabajos con riesgos eléctricos. En todo caso, al no ser un listado cerrado habrá que ver para qué otros trabajos o actividades se han establecido medidas singulares que no van a hacer necesaria la presencia de recursos preventivos, lo que puede ocasionar problemas de carácter interpretativo. Ahora bien, puede ocurrir que exista una concurrencia de operaciones en los términos señalados en el art. 22 bis 1 a) del RSP y que la empresa o empresas lleven a cabo alguna o algunas de las actividades para las que se han adoptado medidas singulares. En este caso la empresa que realice estas actividades, aunque sean las que se enuncian en el citado art. 22 bis 8 del RSP, no estará eximida de cumplir la obligación de asignar la presencia de recursos preventivos, ya que, dada la concurrencia de actividades, los riesgos pueden verse agravados o modificados en los términos que se han analizado. Además, se deberán adoptar las medidas singulares previstas para la actividad en cuestión.

El citado art. 22 bis 9 del RSP también contempla el supuesto de empresas concurrentes en el centro de trabajo cuando realizan actividades o procesos peligrosos, e indica sobre qué empresa recae la obligación de designar recursos preventivos. Pues bien, la obligación reside en la empresa o empresas que realicen dichas actividades o procesos<sup>30</sup>. Actividades o procesos que en este supuesto son los recogidos en el art. 22 bis 1 b) del RSP a los que se ha hecho referencia. Será la empresa que realice esas actividades, o la que lleve a cabo esos procesos peligrosos la obligada a asignar recursos preventivos. Como en el supuesto analizado en el apartado anterior, en este caso los recursos preventivos deben colaborar entre sí, si en una misma empresa se designan varios, con los de las otras empresas que concurren en el centro, y con la persona o personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas del empresario titular o principal del centro de trabajo.

### 2.3. La presencia requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Los arts. 32 bis 1 c) LPRL y 22 bis 1 c) RSP establecen un último supuesto en el que la presencia de los recursos preventivos es obligatoria. En concreto, se indica que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) puede requerir dicha presencia, si bien, no puede hacerlo en cualquier supuesto, solo si “las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas”. Como se puede comprobar, la condición que determina que la ITSS pueda requerir esa presencia se caracteriza por su generalidad y por su imprecisión, lo que parece conferirle un amplio margen de actuación, y da lugar a una diversidad de interpretaciones al respecto. Si bien, como se ha indicado, hay que tener en cuenta que en el CT 83/2010 se establecen una serie de pautas para garantizar una actuación inspectora homogénea, entre las que figuran las relativas a este concreto supuesto.

Así, se especifican las mencionadas “circunstancias” que exigen esa presencia del recurso preventivo “debido a las condiciones detectadas”. De modo que la ITSS puede requerir la presencia, con independencia de que el empresario haya adoptado otras medidas preventivas en una actividad, proceso u operación, siempre que considere que son insuficientes o que son inadecuadas, y las medidas que serían necesarias no puedan adoptarse de forma inmediata. Como se puede comprobar, se trata de situaciones en las que la seguridad y salud de los trabajadores no queda suficientemente garantizada por esa insuficiencia o inadecuación de las medidas preventivas. Por tanto, aunque, como se ha señalado, la presencia del recurso preventivo es una medida preventiva complementaria

<sup>30</sup> Vid. al respecto, Ramos Quintana, M. I., “El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre”, *Relaciones Laborales*, 1/2005, p. 204; y CT 83/2010.

que no sustituye a otras medidas, en este supuesto, de forma excepcional, viene a paliar esa insuficiencia o inadecuación de las citadas medidas, de manera temporal, hasta que se subsanen en el tiempo que se haya indicado para ello. Aunque en el caso en el que exista un riesgo grave e inminente, no se requerirá la presencia de recursos preventivos, sino que se paralizarán los trabajos que se estén llevando a cabo.

De acuerdo con lo previsto en el CT 83/2010, la ITSS también podrá requerir la presencia del recurso preventivo de forma temporal en el caso en el que se realicen actividades que habitualmente no se llevan a cabo en la empresa, es decir, actividades que tienen un carácter esporádico o excepcional, aunque no para cualquier actividad que tenga este carácter, sino solo para el caso en el que considere que no existe un control absoluto de la totalidad de los riesgos. En este supuesto, no se trata de sustituir las medidas preventivas que sea preciso adoptar, ni de que esas medidas sean insuficientes e inadecuadas, sino de mantener esa presencia en esa situación como medida complementaria que permite que se pueda conseguir un mayor control de los riesgos derivados de esas actividades.

Junto a esas situaciones objetivas en las que existe una inadecuación, o una insuficiencia de medidas preventivas, o en las que no se cuenta con un control absoluto de los riesgos, en el CT 83/2010, como ya se contemplaba en el CT 39/2004, a la hora de requerir esa presencia también se tienen en cuenta aspectos subjetivos, es decir, determinadas circunstancias de los trabajadores, como el hecho de ser menores de 18 años, o de ser especialmente sensibles, o de acabar de incorporarse a la empresa; lo relevante en estos casos son las características de estos trabajadores, sobre todo porque precisamente pueden determinar que los riesgos de la actividad que lleven a cabo se puedan ver agravados y, por ello, poner en peligro su seguridad y la de otras personas. Por tanto, esto no significa que siempre que estos colectivos presten servicios la ITSS vaya a requerir la presencia de recursos preventivos, ya que también dependerá de la actividad que realicen, de ahí que sea necesario que el Inspector haga una valoración de las concretas circunstancias de cada caso.

Como tampoco se puede afirmar que solo en los casos señalados la ITSS podrá requerir la presencia de recursos preventivos. En este sentido, en el CT 83/2010 se indica que “será obligado cuando exista normativa específica aplicable a la actividad de la empresa, que establezca obligaciones de igual o similar naturaleza a las analizadas en este Criterio Técnico”; lo que permite que la ITSS requiera la presencia en otros casos. Así, podría suceder que sea necesaria la presencia de recurso preventivo, tal y como se contempla en los supuestos de presencia obligatoria recogidos en el art. 32 bis 1 a) y b) de la LPRL a los que se ha hecho referencia, y, sin embargo, el empresario no haya cumplido esa obligación, por lo que la ITSS deberá requerirla. En estos casos no se tratará de una permanencia temporal hasta que se adopten las medidas preventivas necesarias, ya que la medida preventiva que se debe adoptar es la propia presencia de los recursos preventivos; una presencia que será necesaria mientras se produzca la concurrencia de operaciones, en los términos señalados, o, en su caso, mientras se lleven a cabo las citadas actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales.

### 3. VALORACIONES FINALES

Como se ha podido comprobar, no toda situación en la que se realicen operaciones de forma sucesiva o simultánea va a dar lugar a una concurrencia de operaciones que determine la necesaria presencia de recursos preventivos, aunque también es posible que se produzca una situación de concurrencia de operaciones pero no sea obligatoria dicha presencia, y que, de acuerdo con el CT 83/2010, la ITSS pueda requerir dicha presencia, pero teniendo en cuenta las concretas circunstancias que concurren, en realidad, no sea precisa. Y, en

general, puede suceder que una determinada situación en la que no era necesario contar con la presencia de recursos preventivos finalmente sí lo sea, por diferentes razones, como puede ser porque cambien las circunstancias, o porque las medidas que se consideraban suficientes y adecuadas en realidad no lo son, o porque se han producido cambios que van a exigir esa presencia.

En todo caso, el empresario no cumple con esta obligación solo asignando la presencia de recurso preventivo, sino que es preciso que esta sea efectiva, es decir, no basta con que se haya producido la asignación si este no está presente cuando se realizan las operaciones o las actividades o procesos peligrosos, o con riesgos especiales en los términos señalados<sup>31</sup>, sin que esa presencia equivalga a estar en el centro de trabajo<sup>32</sup> realizando otras tareas que nada tienen que ver con su función como recurso preventivo<sup>33</sup>, o que sí tengan que ver pero no le sea posible llevarla a cabo en todo caso en la medida en que tenga que estar presente en distintos lugares del centro de trabajo en los que se realizan dichas operaciones, actividades o procesos, y estos tienen lugar en el mismo espacio de tiempo. Como tampoco se puede confundir la labor “de encargo y supervisión” de los trabajos que desempeñan algunos trabajadores, con la que realizan los recursos preventivos<sup>34</sup>, por lo que, de ese modo, el empresario no cumplirá su obligación de asignar recursos preventivos en los supuestos que se contemplan en los arts. 32 bis 1 LPRL y 22 bis 1 RSP.

---

<sup>31</sup> Vid. STSJ de Cataluña, de 21 de marzo de 2014 (rec. 5980/2013).

<sup>32</sup> Vid. STSJ Comunidad Valenciana, de 23 de noviembre de 2021 (rec. 2026/2021).

<sup>33</sup> Vid. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de octubre de 2018 (rec. 3055/17 IN): “Cuando el accidente se produjo se encontraba en las inmediaciones de la obra el recurso preventivo Benjamín, el cual tenía asignadas múltiples funciones como encargado general de la obra, estando físicamente a unos 100 metros del lugar en el que se estaban realizando los trabajos de corte, llevando a cabo otras tareas que nada tenían que ver con la vigilancia y control de estas operaciones”.

<sup>34</sup> Cfr. STSJ Comunidad Valenciana, de 2 de diciembre de 2020 (rec. 2703/19).



## ACOSO SEXUAL EN RELACIONES DE EMPLEO

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO<sup>1</sup>

LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO<sup>2</sup>

### SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. BREVE ESCORZO HISTÓRICO
3. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LA LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL
4. PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO SEXUAL BAJO LA LEY EXTRANJERA
5. PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO SEXUAL EN BRASIL
6. CONCEPTO ACTUAL DE ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO
7. TIPOS DE ACOSO SEXUAL
8. CONSECUENCIAS DEL ACOSO SEXUAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO
9. SUJETOS DE ACOSO SEXUAL
10. CUESTIONES DE EVIDENCIA
11. CONSIDERACIONES FINALES

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Laboral en la Fundação Getúlio Vargas y en la Universidade São Judas Tadeu. Director General de la Escuela Superior de Abogados del Colegio de Abogados de São Paulo (OAB SP) para el período 2019-2021. Miembro de la Academia Brasileña de Derecho Laboral (Academia Brasileira de Direito do Trabalho), del Instituto Brasileño de Abogados y del Instituto Brasileño de Derecho Procesal. Miembro y Vicepresidente de la Comisión de Derecho Laboral del Instituto de Abogados de São Paulo. Graduado en derecho por la Universidad Federal de Río Grande do Norte, maestro y doctor en Derecho Laboral por la Universidad de São Paulo. Post-doctorado en derecho por la Université de Nantes, Francia. [jorge@boucinhas.adv.br](mailto:jorge@boucinhas.adv.br)

<sup>2</sup> Doctora en Derecho en la Universidad de São Paulo. Máster en Proceso por la UFES. Jueza del trabajo en São Paulo (TRT SP, 2ª Región). Miembro de la Comisión de Trabajo Decente y Seguro do Tribunal Laboral de São Paulo (TRT SP, 2ª Región) desde 2019. [Lor.colnago@gmail.com](mailto:Lor.colnago@gmail.com)

## 1. INTRODUCCIÓN

Como observa Julio J. Martínez Vivot, el término acoso sexual comenzó a usarse en 1975 en los Estados Unidos, pero designa una serie de comportamientos que han estado presentes desde tiempos inmemoriales, como resultado principalmente de la diversidad de géneros. En sus palabras “Basta al efecto recoger versiones de las relaciones entre los sexos en la antigüedad real, sin perjuicio de la mitológica, para advertir que tal acoso constituía un hecho que se repite en las más diversas narraciones”<sup>3</sup>.

Las presiones ejercidas desde entonces sobre las personas del sexo opuesto o del mismo sexo, en demostración de autoridad, poder o superioridad, para obtener favores sexuales, son circunstancias bien conocidas que, en cierto momento, se manifestaron incluso públicamente, con el ejercicio de práctica medieval referida por algunos autores latinos como una “patada en la pierna”. Alice Monteiro de Barros recuerda que muchos asocian esta práctica abominable, también conocida como *jus primae noctis* (derecho a la primera noche), que obligó a los recién casados a pasar la noche de bodas con el señor del lugar, con el acoso moral que se está luchando hoy.<sup>4</sup> Si esta práctica fue lenta para considerarse ilegal (se remonta a 1409, la primera decisión en este sentido), lo mismo ocurrió con el acoso sexual, que solo fue criminalizado en Brasil a principios del siglo XXI.

Mientras tanto, la supresión de los privilegios de la aristocracia no puso fin a la conducta de ejercicio y abuso de poder. Después de la Revolución Francesa, la burguesía mantuvo demandas similares con respecto a su servidumbre<sup>5</sup>.

Algunos autores ven la Revolución Industrial como la línea divisoria para la conquista del espacio femenino en la sociedad moderna. Según Rodolfo Pamplona Filho es con el comienzo de la explotación industrial del trabajo de las mujeres, por contradictorio que parezca, que fueron dados los primeros pasos hacia la necesidad de reconocer la igualdad (con respecto a las diferencias esenciales en el trato con los hombres)<sup>6</sup>.

Por todas estas razones, es posible afirmar, siguiendo la afirmación de la doctrina sudafricana, que el acoso sufrido por los empleados representó, a lo largo de los años, la expresión de un género socialmente aceptado y reproducido de manera desigual. Su enfoque, por esta razón, no era la sexualidad en sí, sino el papel de los géneros en relación con el trabajo.<sup>7</sup>

Corroborando esta conclusión, dice Aloysio Santos que, en términos sexuales, las mujeres durante innumerables generaciones desempeñaron solo el papel de otro organismo vivo, capaz de satisfacer las necesidades del hombre y la matriz reproductiva. Ella era, entonces, absurdamente, “un simple objeto de sexo, socialmente subyugado por el hombre”<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Martínez Vivot, Júlio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, pp. 1-2).

<sup>4</sup> Barros, Alice Monteiro de. O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado. *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, vol. 70., outubro de 1998, p. 493.

<sup>5</sup> Martínez Vivot, Júlio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 2.

<sup>6</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2001, p. 33.

<sup>7</sup> Although sexual in form, it has been argued convincingly that harassment of women employees is essentially an expression of socially-entrenched gender inequality. The focus, accordingly, should not be on ‘sexuality as such’ but on the underlying ‘gendered work roles’. (Du Toi, Darcy *et alii*. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p. 700).

<sup>8</sup> Santos, Aloysio. *Assédio sexual nas relações trabalhistas e estatutárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 12.

Tiene razón Rodolfo Pamplona Filho al exaltar el papel de la revolución feminista (o sexual) para la emancipación femenina que se produjo a lo largo del siglo XX, que, si no fue completa, fue ciertamente notable. En sus palabras, “La actuación de las” feministas “para la garantía y certificación de sus derechos, simbolizada en la famosa quema pública de sostenes, permitió la demanda de igualdad de trato con la ejecución de la superioridad masculina discriminatoria”<sup>9</sup>.

Fue precisamente esta emancipación en busca de la igualdad de derechos lo que, en palabras de Martínez Vivot, permitió que se eliminara el manto de silencio o complicidad que acompañaba a los comportamientos de acoso, haciendo aparecer a los grupos sociales afectados que comenzaron a exigir respuestas para que estos comportamientos pudieran ser evitados y combatidos. El acoso, durante las últimas décadas del siglo pasado, deja de ser una indignidad que afecta solo a quienes sufrieron y se convierte en una falta grave en el lugar de trabajo o, incluso, en ciertos casos como el brasileño, un delito reprimido por derecho penal<sup>10</sup>.

Sin embargo, cualquiera que piense que esta pelea ha terminado está equivocado. Como Daniel Funes de Rioja observa en el prólogo de la obra de Júlio Martínez Vivot, con una creciente presencia de mujeres en el mercado laboral el acoso sexual y la dinámica de las relaciones laborales multiplica su ocurrencia<sup>11</sup>.

En octubre de 2017, el movimiento conocido como “Yo también” (*me too*, en inglés) comenzó a extenderse, como un *hashtag* en las redes sociales, que se ha convertido en un hito reciente en los esfuerzos para combatir y erradicar el acoso sexual en el lugar de trabajo. La repercusión internacional lograda por el movimiento en cuestión muestra la relevancia y actualidad del tema.

Hay muchas razones para justificar un nuevo estudio sobre acoso sexual. Para actualizar los debates en Brasil, se analizará la evolución histórica de la lucha contra el acoso sexual, las normas internacionales y las principales normas extranjeras sobre el tema, el tratamiento dado por la legislación brasileña y las cuestiones procesales relacionadas con la carga, prueba y compensación por cualquier daño causado. El objetivo es proporcionar al operador el derecho de nuevas herramientas para combatir esta vieja herida, pero que se renueva constantemente, como un virus que se transforma para resistir la acción de los medicamentos desarrollados. Como afirmó Daniel Funes de Rioja, al extender el trabajo de Júlio J. Martínez Vivot, “nos enfrentamos a viejos problemas cuyo impacto e impacto en la sociedad y, probablemente, su gravedad por el número de casos involucrados, se actualiza y proyecta, tanto para opinión pública en cuanto al derecho”<sup>12</sup>.

El artículo utilizará el análisis deductivo como metodología de investigación científica, a través del análisis legislativo, bibliográfico y jurisprudencial. En primer lugar, se presentará la evolución histórica del tema, la forma en que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) trata el acoso sexual en términos de normatividad y combate, siendo la OIT el organismo internacional más importante en materia laboral, teniendo en cuenta las convenciones de la misma. Se ha elaborado un verdadero Código Internacional del Trabajo. A partir de esta presentación, resulta interesante observar el tratamiento del acoso sexual.

<sup>9</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2001, p. 33.

<sup>10</sup> Martínez Vivot, Júlio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 10.

<sup>11</sup> Daniel Funes de Rioja en el prólogo de la obra: Martínez Vivot, Júlio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p.IX.

<sup>12</sup> Daniel Funes de Rioja ao prologar a obra: Martínez Vivot, Júlio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p.VII.



En breves comentarios se presentarán algunos países y el tratamiento del acoso sexual en su legislación, sin profundizar en el tema, y con la única intención de elaborar paradigmas legislativos: Italia, Bélgica, Alemania, Francia, España, Argentina, Sudáfrica, Portugal y Uruguay. Posteriormente, se analiza el tratamiento del acoso sexual en Brasil. Posteriormente, se realizará un análisis de la doctrina extranjera y doméstica sobre el acoso sexual: clasificación, consecuencias y temas de este acoso, luego ingresará a la casuística y con ello presentará la cuestión probatoria de los tribunales sobre el tema.

## 2. BREVE ESCORZO HISTÓRICO

El término acoso sexual fue acuñado a mediados de la década de 1970 por investigadores de la Universidad de Cornell que, al analizar las relaciones de género en el lugar de trabajo, se dieron cuenta de la necesidad de crear una expresión que sintetizara la conducta de un superior con connotaciones sexuales, pero eso, de hecho, constituía un ejercicio de poder<sup>13</sup>. Aunque la acción se acredita a los académicos, el papel de los movimientos feministas que precedieron a la investigación antes mencionada es crucial para despertar el problema, como lo demuestran las siguientes enseñanzas de Martínez Vivot, apoyadas por Wise y Stanley:

No cabe duda que fueron entonces, en los Estados Unidos de América, entidades feministas las que denunciaron públicamente esta circunstancia, afirmando que, en el lugar de trabajo era el sexo el medio para mostrar el poder, como una forma más de la opresión de las mujeres por los hombres, según Wise y Stanley. En consecuencia sostuvieron que las mujeres, individualmente y como grupo, se veían humilladas al ser tratadas como objetos sexuales, para ser utilizadas por los hombres<sup>14</sup>.

Sin embargo, los tribunales estadounidenses inicialmente temían aplicar la ley de discriminación en casos de acoso, ya que entendían que estos eran problemas particulares para los trabajadores en el lugar de trabajo. Los esposos, citados por Vivot, señalan que se temía que la aceptación de la figura del acoso sexual dentro de una lógica tan protectora pudiera dar lugar a una avalancha de disputas legales. También se temía que si se aceptaba esta tesis, ningún supervisor sería alentado a hablar con un subordinado, de cualquier sexo. La cuenca tuvo lugar en 1977 cuando un Tribunal de Apelaciones dictaminó que el acoso sexual por chantaje constituía efectivamente una discriminación basada en el sexo, considerando que a la demandante no se le habría pedido que participara en una actividad sexual si no hubiera sido por ella. condición femenina, que motivó los deseos sexuales en su superior, quien le pidió que aceptara sus solicitudes si quería mantener su propio trabajo<sup>15</sup>.

En 1981, otra decisión judicial del mismo nivel calificó el abuso sexual como intimidación como una forma de discriminación basada en el sexo. Y finalmente, en 1986, la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre el tema y concluyó que cuando un supervisor acosa sexualmente a uno de sus empleados subordinados, lo discrimina por motivos de sexo. Agregó que el requisito de someterse al abuso sexual, como condición para mantener el privilegio del derecho al trabajo, es tan degradante y desconcertante como

<sup>13</sup> Alves, Gabriel Alexandrino. *Assédio sexual: um novo paradigma para o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, pp. 19-20.

<sup>14</sup> Wise- Stanley. *El Acoso sexual en la vida cotidiana*, p 62, apud MARTÍNEZ VIVOT, Júlio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 3.

<sup>15</sup> Husbands. Análisis internacional de las leyes que sancionan el acoso sexual. *Revista Internacional del Trabajo*. 1993, vol. 112, n. 1, p. 119 apud Martínez Vivot, Júlio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 4.

tener que soportar los epítetos raciales más ofensivos. Es por eso que la doctrina afirma que fueron estas decisiones las que influyeron en las leyes de acoso sexual, especialmente en otros países, ya que no existe una ley específica sobre el tema en los Estados Unidos<sup>16</sup>.

En cualquier caso, a pesar de no contar con una legislación específica sobre el tema, hay quienes consideran a los Estados Unidos de América como el país más severo en la represión del acoso sexual. Como observa Gabriel Alexandrino Alves, la jurisprudencia norteamericana es extremadamente rígida, “donde solo el toque del cuerpo y los abrazos son motivo de desconfianza y pueden dar lugar a quejas de acoso sexual, lo que convierte a los Estados Unidos en una industria de indemnización”<sup>17</sup>.

Otro país que se adhiere a la tradición del derecho consuetudinario que merece referencia con respecto al acoso sexual es Sudáfrica: en el juicio *J. v M.* (1989) 10 ILJ 755 (IC), el Tribunal Industrial definió el acoso sexual como “*unwanted sexual behavior or comment which has a negative effect on the recipient*”. También definió que no sería necesario repetir la conducta para caracterizar el acoso. Un solo acto aislado podría constituir acoso sexual. Sin embargo, no estaba claro si el tribunal estaba aplicando lo que se llama una prueba subjetiva (la víctima es la que define si el comportamiento es apropiado o no), objetivo (la pregunta se analiza desde la perspectiva del “hombre promedio”), o una combinación de ambos. En una gran cantidad de casos posteriores, los funcionarios del gobierno utilizaron la prueba objetiva como parámetro. En el caso de *Reddy v Universidad de Natal*, por otro lado, el tribunal definió el acoso sexual basado en las políticas internas de la Universidad que preveían una prueba subjetiva<sup>18</sup>. En 1998, sin embargo, se emitió un Código de Buenas Prácticas para resolver casos de acoso sexual, sobre el cual se hablará más en otros capítulos de ese texto.

### 3. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LA LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL

Hasta hace muy poco, la OIT no tenía una convención específica sobre el acoso sexual. Considerando el acoso sexual como una forma de discriminación, muchos autores abogaron por la aplicación de normas relativas a la discriminación<sup>19</sup>.

Sin embargo, la reciente Convención 190, emitida en junio de 2019, llenó ese vacío. La Convención en cuestión trata sobre la violencia en el trabajo y el acoso, un género del cual tanto el acoso moral como el sexual son una especie. Analizándolo, es fácil ver que ella se ocupó de proteger al trabajador contra cualquier tipo de violencia, entendida de la manera más amplia posible. Del preámbulo de la Convención, por ejemplo, se extraen los

<sup>16</sup> Husbands. Análisis de las leyes que sancionan el acoso sexual. *Revista Internacional del Trabajo*, 1993, vol. 112, n. 1, p. 119 apud Martínez Vivot, Júlio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 5.

<sup>17</sup> Alves, Gabriel Alexandrino. *Assédio sexual: um novo paradigma para o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 27.

<sup>18</sup> Du Toi, Darcy et alii. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 6th edition. Johannesburg, 2015, p. 701.

<sup>19</sup> Nesse sentido é o magistério de Gabriel Alexandrino Alves, segundo quem: “Como se mencionou anteriormente, a OIT não possui normas específicas sobre o assédio sexual. No entanto, como veremos, o assédio sexual também é forma de discriminação no emprego em razão de sexo, na medida em que condiciona a obtenção, manutenção e sucesso no emprego ao atendimento de favores sexuais por parte do superior hierárquico, principalmente. Desse modo, a Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, enquadra-se perfeitamente em nosso estudo, já que busca um efetivo combate à discriminação no acesso e na relação de emprego ou na profissão, de forma que não seja aceita exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. (Alves, Gabriel Alexandrino. *Assédio sexual: um novo paradigma para o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p.30)

siguientes considerandos: “Reconocer el derecho de toda persona a un mundo de violencia y violencia libres, incluida la violencia y la violencia por el género” y “Reconocer esa violencia y violencia El bien en el mundo del trabajo afecta la salud psicológica, física y sexual de las personas, su dignidad, su entorno familiar y social”. Ahora, cuando se habla de acoso por motivos de género y se demuestra que el acoso afecta la salud psicológica y sexual, los recitales ya contendrían cualquier duda que pudiera surgir sobre el alcance del acoso de expresión, que aparece en el título de la Convención, los participantes de la Convención. La 108ª Conferencia Internacional del Trabajo deseaba, sin embargo, ser aún más explícita. Al conceptualizar la violencia y el acoso basados en el género, la Convención 190 establece que “designa la violencia y la violencia que se dirige contra las personas debido a su género o género, lo que afecta desproporcionadamente a las personas de un género o género. determinado e incluye el riesgo sexual”.

La importancia de buscar la igualdad entre los géneros también se puede extraer de la siguiente declaración en el preámbulo de la Convención: “Reconozco que la violencia y la violencia en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o abuso de los derechos humanos, y que La violencia y la violencia son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente”. La Organización Internacional del Trabajo confirma las primeras impresiones históricas presentadas: el acoso sexual es, sobre todo, gestión de género. Esa es la conclusión a la que se debe llegar desde la inserción en los considerandos de la convención a partir de la siguiente declaración: “la violencia y la violencia debidas al género afectan desproporcionadamente a mujeres y niños, y también reconocen que la adopción de enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, incluidos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y abuso de las relaciones de poder por razones de género, es indispensable poner fin a la violencia y la violencia en el mundo del trabajo”.

La importancia de garantizar la igualdad de oportunidades para que las mujeres tengan acceso al trabajo también se destacó en el preámbulo de la Convención, al declarar el siguiente considerando: “Reconociendo que la violencia y la violencia también afectan la calidad de los servicios públicos y privados, y eso puede evitar que las personas, particularmente las mujeres, accedan al mercado laboral y se mantengan en progreso profesionalmente”.

La convención dejó a cada país la discreción para decidir si abordar el tema del acoso sexual y moral como un concepto único o como conceptos separados.

Con respecto a su alcance, el Convenio 190 buscó ser lo más amplio posible, protegiendo a los empleados, tal como se define en la legislación y la práctica de cada país, aquellos que trabajan a través de otra modalidad contractual, las personas en capacitación, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleados y las postulantes en una publicación. También establece expresamente que la Convención se aplica a todos los sectores, públicos o privados, tanto formales como informales, en zonas urbanas o rurales. Países, como Brasil, que regulan el trabajo rural en un establecimiento estatal, esta aclaración es muy importante para evitar cualquier duda de que los preceptos de la convención deben aplicarse independientemente en el área urbana o en el campo.

El artículo 3, a su vez, deja en claro que la convención se aplica a cualquier tipo de violación que ocurra en el trabajo, en el acceso al lugar de trabajo, incluidos los espacios públicos y privados. en lugares donde paga por el trabajo, donde descansan las partes o en donde usa instalaciones sanitarias o de servicio y en ropa. en proyectos, viajes, eventos o actividades sociales o capacitación relacionada con el trabajo. en el contexto de las

comunicaciones relacionadas con el trabajo, también incluye el trabajo realizado utilizando tecnologías de información y comunicación. y situaciones de acoso que ocurren en el alojamiento proporcionado por el implementador y en las rutas entre el hogar y el lugar de trabajo.

El tercer capítulo de la Convención 190, que incluye los artículos 4, 5 y 6, está dedicado a los principios y obligaciones fundamentales asumidos por cualquier miembro que lo ratifique. Además de respetar, promover y garantizar el disfrute del derecho de todos a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso, los países signatarios del acuerdo deben adoptar, de conformidad con la legislación y la situación nacionales, y en consulta con las organizaciones que representan a los empleadores. y trabajadores, un enfoque inclusivo e integrado que tiene en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Este enfoque, que debe tener en cuenta la violencia y el acoso que involucran a terceros, cuando corresponda, consiste en: a) una prohibición legal de la violencia y el acoso. b) asegurar que las políticas relevantes aborden la violencia y el acoso. c) adoptar una estrategia integral para implementar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso. d) establecer mecanismos para monitorear la aplicación y monitorear o fortalecer los mecanismos existentes. e) garantizar que las víctimas tengan acceso a medicamentos y medicamentos y medidas de apoyo. f) prever sanciones. g) desarrollar herramientas, pautas y actividades de educación y capacitación, y actividades de concientización, de manera accesible, según corresponda, y h) garantizar la existencia de medios efectivos de inspección e investigación de casos de violencia y acoso, incluso mediante inspección mano de obra u otros organismos competentes. Al adoptar y aplicar el enfoque mencionado en el párrafo 2 de este artículo, cada Miembro reconocerá las funciones y poderes diferentes y complementarios de los gobiernos, empleadores y trabajadores, así como sus respectivas organizaciones, teniendo en cuenta la naturaleza variable y el alcance de sus respectivas responsabilidades.

Todos los Miembros, incluso aquellos que no han ratificado el acuerdo, deben respetar, promover y ejecutar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, como la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, a la eliminación. de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en relación con el empleo y la ocupación, además de promover el trabajo decente y seguro. En este punto, debe decirse, el acuerdo reafirma lo que ya se había establecido en la Declaración de Principios de 1998.

La Recomendación 206 también establece la necesidad de que todos los trabajadores y todos los empleadores tomen medidas, incluidos aquellos en los sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, total libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva. , de conformidad con el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (98).

Además, se dice que los Miembros deberían tomar las medidas apropiadas para promover el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva a todos los niveles, como un medio para prevenir y combatir la violencia y el acoso y, en la medida de lo posible, mitigar el impacto de violencia doméstica en el mundo del trabajo y apoyar esta negociación colectiva, recopilar y difundir información sobre tendencias y buenas prácticas relacionadas con el proceso de negociación y el contenido de los convenios colectivos.

Finalmente, cada Miembro debe adoptar legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluidas las trabajadoras, así como las trabajadoras y otras personas que pertenecen a uno o más grupos. grupos vulnerables o vulnerables que se ven desproporcionadamente afectados por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

En relación con este tema, finalmente se dice que los Miembros deben garantizar que las disposiciones sobre violencia y acoso contenidas en la legislación y las políticas nacionales tengan en cuenta los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo sobre igualdad y no discriminación, como el Convenio (núm. 100) y la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951, y el Convenio (núm. 111) y la Recomendación (núm. 111) sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958, así como otros instrumentos pertinentes.

El Capítulo IV de la Convención trata las medidas profilácticas que establecen que cada Miembro debe adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluida la violencia de género y el acoso, y debe, en particular: a) reconocer lo importante papel de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores en la economía informal. b) identificar, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores involucradas y por otros medios, los sectores u ocupaciones y modalidades de trabajo en los que los trabajadores y otras personas involucradas están más expuestos a la violencia y el acoso. y c) tomar medidas para proteger efectivamente a estas personas.

Cada Miembro debe adoptar una legislación que exija que los empleadores tomen las medidas apropiadas de acuerdo con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluida la violencia de género y el acoso, en particular en qué medida es razonable y factible: a) adoptar e implementar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política laboral sobre violencia y acoso. b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y la salud en el trabajo. c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con la participación de los trabajadores y sus representantes, y tomar medidas para prevenir y controlar tales peligros y riesgos. d) proporcionar a los trabajadores y otras personas interesadas, de manera accesible, según corresponda, información y capacitación sobre los peligros y riesgos de la violencia y el acoso identificados y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, incluidos los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otros. partes interesadas en relación con la implementación de la política de prevención del acoso.

#### **4. PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO BAJO LA LEY EXTRANJERA**

Bélgica comenzó a proteger a los trabajadores contra las prácticas de acoso en 1978 con la promulgación de la ley que crea obligaciones personales para el empleador, después de haber emitido recientemente un decreto, en línea con el código de conducta de la Unión Europea<sup>20</sup>.

España, por su parte, fue el primer país latino en introducir disposiciones sobre el acoso sexual en sus normas laborales, con la reforma del Estatuto de los Trabajadores, que tuvo lugar en 1989. Este cambio fue el resultado del trabajo de algunas organizaciones

<sup>20</sup> Alves, Gabriel Alexandrino. *Assédio sexual: um novo paradigma para o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p.26.

sindicales, junto con el Instituto de la Mujer, que inició un proceso de difusión del tema en el lugar de trabajo<sup>21</sup>.

En Alemania, la lucha contra el acoso sexual se rige por las leyes estatales, con disposiciones en el Código Penal, el Código Civil y la Ley Laboral que los tribunales utilizan habitualmente en situaciones de acoso sexual aplicables o potencialmente aplicables<sup>22</sup>.

En Francia, el acoso sexual ha sido tratado tanto en el código laboral (artículos L1153-1 a L1153-6), y conceptualizado como comentarios sexuales repetitivos o comportamiento que ofende la dignidad de alguien, o actos asimilados como cualquier forma de presión grave, incluso que no se repita, ejercido con el objetivo real o aparente de obtener un acto de naturaleza sexual en beneficio del agresor o de terceros. También hay protección para los testigos del acoso que no pueden ser sancionados, despedidos o discriminados por haber declarado sobre el acoso. En Francia, el acoso sexual también tiene una disposición penal en el Código Penal (artículo 222-33)<sup>23</sup>.

A Itália trata a matéria em leis esparças, e o ressarcimento nos danos advindos do assédio sexual encontra respaldo nos arts. 2.043 e 2.049 do Código Civil de 1942<sup>24</sup> pero en 2006 con el estado de igualdad de género, Decreto Legislativo del 11 de abril, art. 5 y siguientes, los trabajadores pueden tomar medidas para detener el acoso sexual seguido de una compensación<sup>25</sup>.

En Argentina, el acoso sexual está regulado por el Decreto no. 2,385, del 18 de noviembre de 1993, al principio solo dirigido al acoso sexual por chantaje en el servicio público<sup>26</sup>. En 1998, Sudáfrica adoptó un Código de Buenas Prácticas para aclarar las discusiones sobre el tema estudiado aquí. En él, el acoso sexual se define como “*unwelcone conduct of a sexual nature that violates the rights of an employee and constitutes a barrier to equity in the workplace*”. (ítem 4). La prueba para el análisis del acoso sexual establecida en este Código implica la verificación de factores objetivos y subjetivos, en particular análisis para identificar si el acoso es por razones prohibidas de sexo y / o género y / u orientación sexual. si la conducta sexual era indeseable. cuál es la naturaleza y el alcance de la conducta sexual. y cual El impacto de la conducta sexual en el empleado ‘(ítem 4)’<sup>27</sup>.

El Código portugués actual disciplina la lucha contra el acoso sexual como comportamiento sexual no deseado, en forma verbal, no verbal o física, con el objetivo o efecto de molestar o avergonzar a la persona, afectar su dignidad o crear un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante o desestabilizador atraído por la incidencia de los preceptos relacionados con la reparación por daños a la propiedad, que aún constituyen una infracción muy grave.

<sup>21</sup> Martínez Vivot, Júlío J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 6.

<sup>22</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2001, p. 61.

<sup>23</sup> França. Legifrance. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: ago 2019.

<sup>24</sup> Italia. Código Civil. Tradução livre. Disponível on line: < [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm)>. Acesso em: ago.2019.

<sup>25</sup> ITALIA. Camara. Decreto Legislativo 11 aprile 2006, n. 198 . Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246<sup>o</sup>. Disponível on line: < <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/06198dl.htm>>. Acesso em: ago.2019.

<sup>26</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2001, p. 62.

<sup>27</sup> DU TOI, Darcy *et ali*. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p.

En Uruguay, la Ley 18.561 del 11 de septiembre de 2009, conceptualiza el acoso sexual como “todo comportamiento de naturaleza sexual, llevado a cabo por una persona del mismo sexo, en el deseo de la persona que va allí y cuyo rechazo produce la complacencia con producir un perjuicio en su situación laboral o en su relación de enseñanza, que se arrastra en un ambiente de trabajo intimidante, hostil y humillante para quienes lo reciben”.

## 5. PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO SEXUAL EN BRASIL

A pesar de haber sufrido cambios bastante significativos en su legislación laboral en 2017, con la reforma laboral implementada por la Ley 13.467, en Brasil no existe una regulación específica en el CLT para combatir el acoso sexual, utilizando, para este fin, las reglas relacionadas con la causa justa y la terminación indirecta del contrato de trabajo para castigar al agresor y al empleador, además de las reglas relacionadas con la reparación de daños fuera de balance para garantizar a la víctima el derecho a una indemnización por daños materiales o morales.

De hecho, en Brasil, no hubo legislación sobre el acoso sexual hasta 2001. Entre las posibles razones de tal retraso, Alex Alexandrino Alves destaca los problemas culturales del pueblo brasileño, como su peculiar trato cálido, la libertad para tratar con ellos. lo que podría llevar a creer que las posibilidades de acoso sexual no serían más que “coqueteo”, “coqueteo”<sup>28</sup>.

Gabriel Alexandrino Alves, es uno de los autores que entiende que, desde el punto de vista de la aplicación del derecho penal, algunas manifestaciones de acoso podrían, antes del advenimiento de la Ley 10.224, del 15 de mayo de 2001, ser enmarcadas en los crímenes de violación y agresión indecente, “cuando se comprobó, respectivamente, que la mujer estaba limitada por la conjunción carnal o la práctica de un acto libidinoso a través de la violencia o la coerción”<sup>29</sup>.

La Ley N ° 10.224 / 2001 es bastante simple y merece varias críticas. Se limitó a cambiar el Decreto Ley no. 2.848, del 7 de diciembre de 1940 (Código Penal brasileño) para insertar el artículo 216-A, que, bajo el título de acoso sexual, establece lo siguiente: Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Una cuestión que merece destacarse es que, en la forma de la legislación penal brasileña, el tipo penal requiere que el agresor sea jerárquicamente superior o tenga algún tipo de ascendencia inherente a la relación laboral. Sin embargo, la doctrina entiende que esto no es un requisito para la caracterización del incumplimiento de las obligaciones laborales y el deber de reparación del empleador. En palabras de Rodolfo Pamplona Filho, “el acoso sexual en el trabajo también puede ocurrir, por ejemplo, entre colegas de servicio, entre el empleado y el cliente de la compañía e incluso entre el empleado y el empleador, siendo este último una víctima”<sup>30</sup>. Analizando el repertorio de jurisprudencia

<sup>28</sup> Alves, Gabriel Alexandrino. Assédio sexual: um novo paradigma para o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 31.

<sup>29</sup> Alves, Gabriel Alexandrino. Assédio sexual: um novo paradigma para o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 31.

<sup>30</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 41.

de los tribunales laborales brasileños, se encuentra la afirmación de que “la conducta de acoso del acosador es suficiente para obtener ventaja sexual o favorecer a la víctima, lo que le causa cierto temor, independientemente de si está en una posición jerárquica superior”<sup>31</sup>.

También se requiere la existencia de un vínculo laboral entre el empleado y el empleador, sin tener en cuenta otras formas de acoso como el que se practica en el ámbito académico, militar, deportivo, etc.

Aunque algunos autores célebres han defendido la criminalización innecesaria del acoso sexual<sup>32</sup>, consideramos apropiado insertar el tipo de artículo 216-A del Código Penal brasileño. Como Alex Alexandrino Alves observa correctamente, el acoso sexual es “una de las demostraciones más horribles del abuso de poder del empleador, un abuso que, transformando el arte de la seducción en chantaje, perjudica la libertad del empleado y limita el derecho inherente de todo ser humano para disponer libremente de tu cuerpo”<sup>33</sup>.

## 6. CONCEPTO ACTUAL DE ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

Inicialmente, debe tenerse en cuenta que la figura que definimos aquí es el acoso sexual en el trabajo o que surge de las relaciones laborales. Esta no es la única forma de acoso sexual posible, sino la única que realmente es importante para la legislación laboral, en particular. Como observa acertadamente Rodolfo Pamplona Filho, “el hostigamiento puede ocurrir en varias otras formas de relación social, con ejemplos educativos como el entorno académico (entre docentes, estudiantes y funcionarios), el entorno hospitalario (entre médicos, asistentes, pacientes) y los religiosos (entre sacerdotes y fieles)”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> RECURSO DO RECLAMANTE E DA RECLAMADA. ASSÉDIO SEXUAL. CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO FIXADA EM MONTANTE JUSTO E RAZOÁVEL. Para o reconhecimento da prática de assédio sexual, gerador de dano indenizável, é necessário caracterizar que tal sequência de condutas impertinentes, por parte do suposto agressor, guardava relação com o desempenho das atividades laborais. Sobreleva destacar que, para fins de Direito do Trabalho basta a conduta constrangedora do assediador com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual da vítima, que cause algum temor a esta, independente daquele se encontrar em posição hierárquica superior. Até mesmo manifestações verbais, como elogios ostensivos ao corpo de outra (o) funcionária (o), piadas, conversas ou comentários lascivos, podem caracterizar o assédio sexual. Nesse contexto, não há dúvidas de que o ônus probatório recaiu sobre a parte autora, a teor do art. 818, I, da CLT, do qual se desvencilhou, a contento. No que diz respeito ao quantum debeatur, convém lembrar que, segundo a melhor doutrina e à míngua de legislação específica, fica a critério do julgador a fixação do importe, que deverá levar em conta, dentre outros fatores, a natureza/extensão do dano e a capacidade econômica do ofensor, além da condição pessoal da vítima, a fim de que a penalidade, a um só tempo, surta o efeito pedagógico que dela se espera, mas não propicie enriquecimento sem causa, pelo que se reputa razoável e proporcional o valor de R\$ 50.000,00, arbitrado à indenização pela magistrada de primeiro grau. Recursos a que se negam provimento. (Processo: RO - 0000069-56.2016.5.06.0009, Redator: Maria das Gracias de Arruda Franca, Data de julgamento: 09/07/2019, Terceira Turma, Data da assinatura: 09/07/2019) (TRT-6 - RO: 00000695620165060009, Data de Julgamento: 09/07/2019, Terceira Turma)

<sup>32</sup> Nas palavras de Rodolfo Pamplona Filho “Não é necessário, nem conveniente, transformar o assédio em crime; uma vez que a reparação de seus danos tem amplo espaço nos campos civis e trabalhistas, já havendo tutela penal suficiente para os casos extremos” (Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 35).

<sup>33</sup> Alves, Gabriel Alexandrino. Assédio sexual: um novo paradigma para o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 40.

<sup>34</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 35.



Por lo tanto, delimitando que nuestro objeto de estudio es exclusivamente el bullying en el trabajo, es necesario transcribir algunos conceptos aquí, para extraer sus elementos caracterizadores de ellos.

Marly Cardone conceptualiza el acoso sexual como “la actitud de alguien que, deseando obtener favores libidinosos de otra persona, causa esta vergüenza porque no hay reciprocidad”<sup>35</sup>. José Wilson Sobrinho, a su vez, conceptualiza el acoso sexual como “el comportamiento consistente en la explotación de la intención sexual que no encuentra receptividad concreta de la otra parte, un comportamiento que se repite después de lo negativo”<sup>36</sup>. Rodolfo Pamplona Filho, a su vez, conceptualiza la figura en cuestión como “cualquier conducta de naturaleza sexual no deseada que, aunque sea rechazada por el destinatario, se reitera continuamente, lo que restringe la libertad sexual”<sup>37</sup>. Augusto César Leite de Carvalho, finalmente, afirma que “el acoso sexual se configura cuando hay conducta abusiva y repetida con motivación sexual”<sup>38</sup>.

De estas definiciones es posible extraer algunos elementos esenciales para la caracterización del acoso sexual. Rodolfo Pamplona Filho destaca cuatro elementos: a) sujetos: agente (acosador) y destinatario (acosado). b) conducta de naturaleza sexual. c) rechazo de la conducta del agente. d) reiteración de conducta<sup>39</sup>.

De estos cuatro elementos, dos son indiscutibles. Para verificar la hipótesis del acoso sexual, es, de hecho, esencial enfrentar una conducta de naturaleza sexual. También es esencial rechazar la conducta del agente, ya que, como observa acertadamente Augusto César Leite de Carvalho, “no es compatible con la protección legal, ni con el sentido común, el acoso compartido o consentido”<sup>40</sup>.

Los otros dos elementos merecen alguna reflexión. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, aunque en la abrumadora mayoría de los casos, de hecho, solo hay dos sujetos involucrados, la posibilidad de una situación de acoso con múltiples agresores o múltiples víctimas no se puede descartar de antemano<sup>41</sup>. La primera hipótesis ejemplificaría la situación en la que varios compañeros de trabajo se unen para dirigir cortesías groseras y no deseadas a un colega, que termina ofendiéndose profundamente al recibirlos. Un ejemplo de lo segundo sería la situación del jefe de gabinete, al mismo tiempo, bromas inapropiadas a varios de sus subordinados.

Otro tema que merece reflexión es la necesidad de reiterar la conducta. Aunque un gran número de autores siempre enfatizan la reiteración de la conducta como uno de los elementos de la relación laboral, nos parece muy claro que es solo un elemento de asesoramiento que, por ejemplo, puede ser relevante para la dosimetría de la pena o fijando el monto de la reparación en efectivo. No debería ser necesario para la caracterización de la figura.

La razón ayuda, a este respecto, a Gabriel Alexandrino Alves para quien: uma única manifestação grave já basta, pois, se assim não fosse, seria necessário esperar por

<sup>35</sup> Cardone, Marly. O assédio sexual como justa causa. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23/94, p. 393.

<sup>36</sup> Sobrinho, José Wilson. Assédio sexual e justa causa. *Repertório IOB de jurisprudência*, n. 4/96, p. 367.

<sup>37</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 35.

<sup>38</sup> Carvalho, Augusto César Leite de. Direito do trabalho: curso e discurso. São Paulo: LTr, 2016, p. 327).

<sup>39</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 39.

<sup>40</sup> Carvalho, Augusto César Leite de. Direito do trabalho: curso e discurso. São Paulo: LTr, 2016, p. 327).

<sup>41</sup> Observe-se a este respeito o seguinte julgado: “ASSEDIO SEXUAL. O simples fato de que a conduta não foi direcionada somente à Reclamante não afasta a caracterização do dano, posto que, pela situação que se descortina dos autos, observa-se que o comportamento inadequado era direcionado à Reclamante e à outras empregadas mulheres.” (TRT-17 - RO: 00736006820135170012, Relator: Ana Paula Tauceda Branco, Data de Julgamento: 28/08/2017, Data de Publicação: 04/09/2017)

outras condutas que atingissem o íntimo do empregado para que o assédio sexual ficasse caracterizado, fazendo com que o mesmo se sentisse cada vez mais ofendido<sup>42</sup>.

En el mismo sentido están las enseñanzas de Cristina Mangarelli: acoso sexual es todo comportamiento de carácter sexual, no deseado por la persona a la que va dirigido y que incide en forma negativa en la situación laboral de la víctima, que puede configurarse con un solo acto y del cual puede ser sujeto activo no solo el empleador sino también sus representantes (capataces, jefes, etc.) e inclusive compañero de trabajo o cliente<sup>43</sup>.

En términos jurisprudenciales, nuevamente es necesario referirse al juicio J. v M. (1989) 10 ILJ 755 (IC) en Sudáfrica, en el cual el Tribunal Industrial dictaminó que la conducta para caracterizar el acoso no tendría que repetirse. Un solo acto aislado podría constituir acoso sexual. En Brasil, hay jueces que enfatizan que el tipo penal del artículo 216-A del Código Penal no requiere repetición, por lo que no está justificado que este requisito deba hacerse en relación con la reparación por acoso sexual postulada ante los tribunales laborales. Sin embargo, hay decisiones, en nuestra opinión, que son incorrectas, que aún reafirman la necesidad de repetir la práctica para caracterizar el acoso<sup>44</sup>.

Nada mejor Admitir lo contrario nos permitiría no reconocer la situación del superior que envía una sola foto de sus genitales, una práctica ahora conocida como enviar desnudos, a uno de sus subordinados como acoso. Ciertamente, esta no es la mejor solución. Imaginar que sería necesario reiterar esta conducta para caracterizar el acoso sexual consiste en un engaño grave.

El rechazo de conducta es ciertamente el elemento principal para caracterizar el acoso sexual, lo que, como bien observa Rodolfo Pamplona Filho, constituye una violación del principio de disposición del propio cuerpo<sup>45</sup>. La lucha contra el acoso sexual garantiza a la víctima su derecho a decir que no. Tu libertad para elegir quién, cuándo y cómo quieres relacionarte sexual y emocionalmente.

Sin embargo, debe reconocerse que la negativa por sí sola no es suficiente para caracterizar el acoso sexual. Un simple rechazo al coqueteo inofensivo consistiría en lo que popularmente se llama “afuera”. No sería suficiente caracterizar el acoso sexual. Es por eso que en una doctrina extranjera se afirma que, para caracterizar el acoso sexual, el agresor necesita saber, es decir, en el pasado, en Sudáfrica, que el agresor necesitaba saber que su conducta era inaceptable. Este criterio ya no se usa. El Código de Buenas Prácticas vigente desde 1998 estipula que la víctima puede indicar que la conducta del agresor no es deseada solo con su silencio. Hasta qué punto la falta de respuesta debe interpretarse como un presagio de una situación de acoso sexual depende de las circunstancias que caracterizan la práctica y se subsume más fácilmente en situaciones en las que el agresor no tenía motivos para pensar que su conducta sería bienvenida. Como dicen, en conclusión, los autores sudafricanos “*Arguably, it may be inferred that sexual conduct should always be deemed to be unwelcome in the absence of a positive response*”<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Alves, Gabriel Alexandrino. Assédio sexual: um novo paradigma para o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 46.

<sup>43</sup> Mangarelli, Cristina. Acoso laboral. Concepto y prevención. Derecho Laboral tomo L, n. 225, enero-marzo 2007, p. 109.

<sup>44</sup> Dano Moral. Assédio Sexual. É ilícita toda conduta reiterada de natureza sexual, indesejada e repelida pelo destinatário, por atentar contra a liberdade sexual - e, portanto, contra a dignidade humana. (TRT18, ROPS - 0010078-48.2019.5.18.0006, Rel. Mario Sergio Bottazzo, 3ª TURMA, 30/07/2019).

<sup>45</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 35.

<sup>46</sup> Du Toi, Darcy et alii. Labour Relations Law: A Comprehensive Guide. 6th edition. Johannesburg, 2015, p. 702.

El Tribunal de Apelaciones Laborales consideró estos asuntos en el caso *Gaga / Anglo Platinum Ltd.* Al dejar de lado un laudo arbitral que abordaba la aplicación de una prueba de ‘asaltante razonable’, el juez Murphy AJA descubrió que el comisionado había adoptado un enfoque muy limitado, interpretando incorrectamente la incertidumbre de la víctima “sobre cómo lidiar con la situación”, indicando que “no se ofendió al ignorar la inadecuación de la conducta del gerente superior que la había acosado”. En ese momento, se decidió que en la medida en que El Código de Prácticas de Sudáfrica identifica diferentes elementos de acoso sexual, deben entenderse de manera disyuntiva, ya que es “inconcebible” que sea necesario “establecer todos los elementos especificados acumulativamente” para probar el acoso sexual<sup>47</sup>.

Es por esta razón que se dice que el Código de Buenas Prácticas, además de preparar una prueba de acoso sexual, ofrece pautas para que los empleados puedan prevenir y responder a los casos de acoso sexual en el lugar de trabajo, estableciendo una serie de sanciones disciplinarias que pueden imponerse. impuesto a un agresor (ítem 8.8), a la vez que ofrece pautas detalladas para los procedimientos que deben seguir las víctimas (ítem 8). Sin embargo, todos los procedimientos estarán sujetos a las circunstancias del caso. Aunque se recomiendan procedimientos formales e informales, un empleador no puede obligar a un demandante a participar en un proceso informal si se opone a hacerlo<sup>48</sup>.

En resumen, la conducta se considerará “indeseable” si la víctima lo indica de alguna manera, como alejarse o no responder al agresor “(ítem 5.2.1). Sin embargo, las siguientes pautas objetivas son importantes<sup>49</sup>. A participação consensual anterior na conduta sexual não significa necessariamente que a conduta continua sendo bem-vinda (ítem 5.2.2)<sup>50</sup>. e um único incidente de conduta sexual indesejada pode constituir assédio sexual (ítem 5.3.3)<sup>51</sup>.

La doctrina sudafricana también se refiere al “impacto de la conducta”, que debería constituir “una disminución de la dignidad del empleado, teniendo en cuenta las circunstancias del empleado y las posiciones respectivas del empleado y del abusador en el lugar de trabajo” (punto 5.4), como elemento a analizar objetivamente<sup>52</sup>.

A pesar de afirmar que es prácticamente imposible componer una lista de actitudes o situaciones que pueden caracterizar el acoso sexual, Julio Martínez Vivot presenta algunos elementos muy valiosos para la caracterización del acoso sexual<sup>53</sup>:

1. La conducta del agresor debe mostrar carácter o comportamiento de naturaleza sexual.
2. La conducta no puede desearse, por el contrario, debe ser rechazada por la persona a quien se dirige.
3. Tiene un impacto negativo en la situación laboral de la persona afectada, ya sea presente o futura.
4. La conducta puede ser física o verbal.

<sup>47</sup> Du Toi, Darcy *et alii*. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p. 702.

<sup>48</sup> Du Toi, Darcy *et alii*. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p. 702-703.

<sup>49</sup> Du Toi, Darcy *et alii*. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p. 702.

<sup>50</sup> Du Toi, Darcy *et alii*. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p. 702.

<sup>51</sup> Du Toi, Darcy *et alii*. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p. 702.

<sup>52</sup> Du Toi, Darcy *et alii*. *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p. 702.

<sup>53</sup> Martínez Vivot, Julio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De palma. Buenos Aires: 1995, p. 19.

5. El autor sabe o debería haber sabido que es ofensivo o humillante para la víctima.
6. El acoso es, en principio, una hipótesis de discriminación basada en el sexo.
7. El agresor puede ser el propio empleador o uno de sus dependientes jerárquicos, incluidos los colegas de la víctima o incluso sus subordinados.
8. A pesar de que la abrumadora mayoría de las víctimas de acoso sexual son mujeres, la víctima también puede ser un hombre.
9. Aunque el agresor suele ser un hombre, también puede, según las circunstancias, ser una mujer.
10. También es posible que el beneficiario del acoso sexual sea un tercero, como se muestra a continuación.
11. El acoso sexual es un concepto subjetivo, y depende de cada víctima saber qué actitudes les afectan y cuáles no.
12. Algunos de estos elementos ya se han visto, otros se analizarán en los siguientes elementos.

Presentar una serie de situaciones que podrían caracterizar el acoso sexual sería muy difícil. El comportamiento de acoso puede manifestarse de diferentes maneras. Enumeramos a continuación, en base a estudios de Jaramillo Teran, citados por Vivot<sup>54</sup>, que encuentra correspondencia en Rodolfo Pamplona Filho<sup>55</sup>, algunos ejemplos de manifestaciones que pueden, según las circunstancias, caracterizar el acoso:

- a) Abuso verbal o comentarios sexistas sobre la apariencia física del empleado.
- b) frases ofensivas o bidireccionales y alusiones crudas, humillantes o vergonzosas.
- c) preguntas indiscretas sobre su vida privada.
- d) Separarlo de las áreas de trabajo apropiadas para que la conversación tenga mayor privacidad.
- e) comportamientos sexistas generalizados, destacando persistentemente la sexualidad en todos los contextos.
- f) avances sexuales inconvenientes y ofensivos.
- g) solicitud de relaciones íntimas, incluso sin la necesidad de relaciones sexuales u otra conducta de naturaleza sexual, a través de promesas de beneficios o recompensas.
- h) requisito de favores sexuales bajo amenazas, implícitas o descubiertas, relacionadas con el empleo.
- i) exposición de material pornográfico, como revistas, fotografías u objetos, así como la colocación de imágenes de esta naturaleza en las paredes del lugar de trabajo.
- j) tocar, frotar o pellizcar deliberada y ofensivamente.
- k) Cualquier ejercicio de violencia física o verbal.

---

<sup>54</sup> Martínez Vivot, Júlio J. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De palma. Buenos Aires: 1995, p. 24.

<sup>55</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2001, p. 48.

## 7. TIPOS DE ACOSO SEXUAL

En Sudáfrica, el Código de Buenas Prácticas identifica cuatro tipos de acoso sexual: victimización, acoso *quid pro quo* (al ofrecer o negar recompensas a cambio de favores sexuales), favoritismo sexual y crear un ambiente hostil y aclarar formas a través del cual puede ocurrir<sup>56</sup>.

En Brasil y América del Sur, la doctrina generalmente los resume en dos tipos de acoso, el acoso sexual por chantaje (*quid pro quo*) y el acoso sexual por intimidación. El primero es el que ya forma parte de la imaginación popular y que fue efectivamente criminalizado en el artículo 216-A del Código Penal brasileño. Es el acoso que resulta de un abuso de poder. El superior, utilizando las prerrogativas y las posibilidades que le otorga el puesto, exige, propone o solicita la práctica de cierta conducta sexual que amenaza con castigar el rechazo o promete un premio o beneficio de aceptación.

Según Rodolfo Pamplona Filho, esta es la hipótesis del acoso que potencialmente ocurre con más frecuencia en las relaciones laborales y que puede ocurrir en cualquier tipo de relación social: entre maestros y estudiantes. involucrando a funcionarios deportivos, entrenadores y atletas. relacionar médicos y asistentes con pacientes. sacerdotes y fieles<sup>57</sup>.

Acoso sexual ambiental, según el autor se caracteriza por incitación sexual prematura, sollicitación sexual u otras manifestaciones de la misma naturaleza, verbales o físicas, con el efecto de perjudicar el desempeño de una persona o crear una situación ofensiva, hostil, intimidante o de abuso en el entorno en el que se intenta<sup>58</sup>.

Rodolfo Pamplona señala que esta forma de acoso, que prescinde del elemento de poder para su caracterización, viola el derecho a un entorno laboral sexualmente saludable, de ahí el nombre de acoso sexual ambiental, que puede ser practicado por un compañero de trabajo en la misma posición jerárquica que la víctima<sup>59</sup>.

También destaca que, para su caracterización, lo fundamental no es la existencia de una amenaza o la oferta de beneficios, sino la falta de respeto al derecho de la víctima a decir no, mediante la sumisión a avances repetidos, múltiples discursos o gestos sexistas, incluso si el rechazo no es seguido de represalias<sup>60</sup>.

## 8. CONSECUENCIAS DEL ACOSO SEXUAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO

La primera consecuencia del acoso sexual en el trabajo es la manifestación del derecho de resistencia del trabajador o, más comúnmente, de la víctima del trabajador. Si la negativa a ofrecer o la resistencia a la amenaza y al chantaje no es suficiente, la víctima puede posponer la terminación indirecta del contrato de trabajo de conformidad con el Artículo 483, a, del CLT, ya que es un requisito contrario a la moral y al objeto del contrato. contrato de trabajo. El acoso sexual también hace posible despedir al empleado por incontinencia de conducta, la causa justa consistente con el mal comportamiento

<sup>56</sup> Du Toi, Darcy *et alii*. Labour Relations Law: A Comprehensive Guide. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p. 700.

<sup>57</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 47.

<sup>58</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 47.

<sup>59</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 47.

<sup>60</sup> Pamplona Filho, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001, p. 47.

relacionado con la esfera sexual, según los términos del artículo 482, b, de la CLT<sup>61</sup>. Con respecto a las medidas procesales, es posible solicitar una orden judicial para detener esta conducta, así como una orden de reparación para reparar el daño causado por la indemnización.<sup>62</sup> En este sentido, son las enseñanzas del ministro Augusto César Leite de Carvalho, “si hay acoso sexual, la víctima puede rechazar la orden de servicio en contexto, postular la terminación del contrato con las consiguientes indemnizaciones, además de requerir protección judicial por mandato judicial y también reparador”<sup>63</sup>.

También hay una decisión interesante, convertir la solicitud de indemnización en una terminación indirecta del contrato de trabajo, a fin de garantizar el derecho de la víctima al pago de todos los pagos de indemnización y liberación de depósitos realizados en su cuenta vinculada de FGTS, ya que entiende que “antes presión psicológica, había una adicción a la voluntad del empleado”<sup>64</sup>.

Específicamente en la reparación del daño, Martínez Vivot hace referencia a estudios realizados en mujeres víctimas de acoso moral que indican que dejó muchas secuelas, especialmente formas severas de tensión, ansiedad, cansancio y depresión, que carecen de tratamientos psicológicos<sup>65</sup>.

Martínez Vivot enfatiza, finalmente, que además de los problemas psicológicos, es relevante resaltar que las víctimas que rechazan la oferta y no denuncian la práctica porque no conocen sus derechos o temen represalias, enfrentan dificultades en el empleo, desde persecuciones hasta demandas injustificables, creándose a sí mismas. por lo tanto, circunstancias tan adversas que llevan a renunciar o solicitar un cambio de lugar de trabajo, que no siempre se otorga. La situación a menudo se ve agravada por la pérdida

<sup>61</sup> ASSÉDIO SEXUAL. JUSTA CAUSA. O empregado que assedia colega de trabalho comete falta grave, nos termos do artigo 482, alínea b (incontinência de conduta ou mau comportamento), da CLT, passível de demissão por justa causa. ASSÉDIO MORAL. ATOS ISOLADOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. Configura assédio moral a conduta abusiva do empregador ou de seus prepostos, mediante a qual o empregado fica exposto, de forma reiterada, a situações vexatórias, humilhantes e constrangedoras, violadoras de seus direitos da personalidade, e que, em última análise, atentam contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Atos isolados, como uma bronca desmedida, uma agressão verbal ou escrita, ou uma exposição indevida de fragilidade do trabalhador podem caracterizar-se como ilícito trabalhista, mas não como assédio moral. (TRT-17 - RO: 00004409220175170004, Relator: Jailson Pereira Da Silva, Data de Julgamento: 13/08/2018, Data de Publicação: 30/08/2018)

<sup>62</sup> ASSÉDIO SEXUAL. INVESTIDA COM CONOTAÇÃO SEXUAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A exploração de atividade econômica com contratação de pessoas para prestação de serviços, em consonância da orientação constitucional que, ademais, tem como objetivo a construção de uma sociedade justa e solidária, exige das empresas a prática de condutas éticas e a criação de um ambiente de trabalho livre de atos insidiosos na vida do trabalhador, como assédio moral e assédio sexual. Exigível, pois, dos empregadores, que instruem prepostos e todos os trabalhadores para evitar a ocorrência de assédio vertical, horizontal ou organizacional. Alegação de tratamento indevido por parte de superior hierárquico que teria se dirigido à autora tocando-a em diversas oportunidades e debruçando-se sobre sua mesa em outra ocasião. Conotação sexual reconhecida, comprovação pelo conjunto da prova. Violação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como a dignidade da pessoa humana, a imagem e a honra da trabalhadora, restando imperiosa a manutenção da condenação em indenização por danos morais em quantia apta a expressar o caráter pedagógico da reprimenda. (TRT-4 - RO: 00214363120155040332, Data de Julgamento: 23/03/2018, 2ª Turma). No mesmo sentido: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL. Evidenciada a existência de assédio sexual, impõe seja reconhecida a responsabilização civil da empregadora em relação ao abalo moral sofrido pela vítima. Sentença mantida. (TRT-4 - RO: 00211551920165040016, Data de Julgamento: 28/11/2018, 1ª Turma)

<sup>63</sup> Carvalho, Augusto César Leite de. Direito do trabalho: curso e discurso. São Paulo: LTr, 2016, p. 327.

<sup>64</sup> ASSÉDIO SEXUAL. Uma vez comprovada a prática de assédio sexual pelo empregador, afigura-se cabível o pagamento de indenização, bem como a conversão do pedido de demissão em rescisão indireta, pois, nesse caso, considera-se que, diante da pressão psicológica por que passou, houve vício na manifestação de vontade da empregada. (TRT-1 - RO: 01015366220175010048 RJ, Relator: Leonardo Da Silveira Pacheco, Data de Julgamento: 21/05/2019, Gabinete do Desembargador Leonardo da Silveira Pacheco, Data de Publicação: 28/05/2019)

<sup>65</sup> Martínez Vivot, Júlío J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 38.

de oportunidades para promover o cambiar las condiciones de trabajo debido al daño causado por no consentir los actos molestos. Concluye su reflexión al respecto señalando que el despido del empleado a menudo se enmascara con la presentación de diferentes razones, que no son ciertas para justificar la medida<sup>66</sup>.

Si es incuestionable que el acoso sexual es extremadamente dañino para la víctima, también debe tenerse en cuenta que no es menos dañino para la imagen de la empresa. Martínez Vivot señala que el acoso puede perturbar el entorno laboral, generando presión, temores y otras circunstancias contraindicadas que perjudican a un gran número de trabajadores.<sup>67</sup> Por lo tanto, advierte a las empresas que entienden que les interesa adoptar todas las medidas posibles para evitar el acoso sexual en el lugar de trabajo, lo que, además de tener repercusiones internas muy negativas, puede tener importantes repercusiones económicas con condenas pecuniarias y baja por enfermedad, ausencias, además de las pérdidas causadas por la alta rotación del personal<sup>68</sup>.

En Brasil, la responsabilidad del empleador por cualquier acto de acoso sexual practicado en sus instalaciones y dentro de su dominio era incuestionable hasta la llegada de la Ley 13.467 / 2017. La base principal para esta conclusión fue el Artículo 932, III del Código Civil, que establece que “También son responsables de la reparación civil (...) III - el empleador o el principal, para sus empleados, sirvientes y agentes, en el ejercicio del trabajo que competir, o por eso”.

Sin embargo, la Ley 13.467 / 2017 introdujo sus propios reglamentos para la reparación de daños fuera del balance en las relaciones laborales, excluyendo expresamente el uso subsidiario o suplementario de las normas relacionadas con el tema contenido en el Código Civil<sup>69</sup>.

Según los términos del artículo 223-E de la Ley de Consolidación del Trabajo introducida por la Ley 13.467, “El daño fuera del balance general es responsable de todos aquellos que contribuyeron al delito contra el bien legal protegido, en proporción a la acción u omisión”. Según este precepto, la acción debe dirigirse al acosador y el empleador será el único responsable de la “proporción de su acción u omisión”. El capítulo sobre daños fuera de balance introducido por la Ley 13.467 tenía su constitucionalidad cuestionada en el Tribunal Federal Supremo (IDA 5.870 y 6.069 y 6.082). Es posible que en esta sentencia se detecte cierta inconstitucionalidad o interpretación de acuerdo

<sup>66</sup> Cabe aquí transcrever na íntegra a sua reflexão: “Para las acosadas, su rechazo, no denunciado por desconocimiento de sus derechos o por temor razonable, es causa de dificultades en el empleo, con persecuciones y seguimiento de tareas, creando circunstancias tan adversas que conducen a la renuncia o bien a solicitar un cambio de lugar de trabajo, no siempre concedido. La situación se agrava con pérdidas de oportunidades de promoción, ascensos o de modificaciones de las condiciones laborales, ya que su relación laboral queda, sin duda, afectada por no haber consentido el avance o el acto vejatorio, del que no han reclamado por temor a represalias, y por no contar con elementos probatorios como para presentarlo. Muchos despidos, invocando causas y circunstancias a veces inexistentes, son sólo la respuesta con que el empleador, o sus delegados, responden a la desatención que para ellos significó el rechazo del asedio”. (Martínez Vivot, Júlio J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 38).

<sup>67</sup> El acoso sexual afecta también a las empresas donde ocurre su práctica, con notas de ausentismo, menor productividad y cambios en el personal, o bien perdidos de traslados de un lugar de trabajo a otro. El acoso puede enrazer las relaciones laborales y perturbar el ámbito donde se tiene que trabajar sin presiones, temores u otras circunstancias contraindicadas. Martínez Vivot, Júlio J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 39.

<sup>68</sup> Martínez Vivot, Júlio J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 122.

<sup>69</sup> Essa é a conclusão que se extrai da redação do seguinte preceito legal inserido na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 13.467: ‘Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.’

con la constitución, lo que tendrá un efecto erga omnes. Si esto no sucede y el artículo 223-E es efectivamente validado por el STF, tendremos un modelo de responsabilidad del empleador para casos de acoso sexual practicado por representantes similares al uruguayo, que se estudiará en el próximo párrafo.

Como señaló Alejandro Castello, en el caso de actos de acoso cometidos por empleados, representantes o un tercero, el empleador solo será responsable, de acuerdo con la Ley 18.561, del 11 de septiembre de 2009, cuando: “haya tenido conocimiento de su ocurrencia y no haya tomado las medidas para corregirlas (inciso 2 del artículo 4), por lo que se trata de una responsabilidad subjetiva, basada en culpa, la cual se configura solo en caso de que no adopte las medidas correctivas propias de la diligencia media de un buen empresario”<sup>70</sup>.

En otras palabras, es la suposición de reparación civil por acoso sexual que el hombre o la mujer víctima de acoso sexual ha dado a conocer al empleador las medidas de acoso sexual adoptadas por los compañeros de trabajo. Es solo la inercia del empleador lo que le hará incurrir en responsabilidad de propiedad hacia el trabajador acosado, una solución considerada razonable por Alejandro Castello, ya que, en su opinión, el empleador no puede ser considerado responsable de una irregularidad por parte de un tercero del que no tenía conocimiento y no puede reprimir<sup>71</sup>.

Según el jurista uruguayo, los tribunales laborales uruguayos, así como la doctrina, han entendido que los actos de acoso sexual llevados a cabo por personas dependientes, cualquiera sea su jerarquía, constituyen una hipótesis de causa justa (mala conducta). Por esta razón, ha mantenido que si el empleador se da cuenta del acoso sexual y no despidió al trabajador que incurre en este comportamiento o lo sanciona severamente, puede comprometer su responsabilidad hacia la víctima del acoso ya que esta no es la conducta esperada para el caso<sup>72</sup>.

Cuando el trabajador demuestra que fue víctima de un acto de acoso sexual, la Ley uruguaya no. 18.561, del 11 de septiembre de 2009, ofrece una opción a favor de ella: a) mantener la relación laboral y reclamar a la persona responsable de la indemnización por daños morales, que la ley establece en un monto mínimo equivalente a 6 pagos mensuales de conformidad con la última remuneración del trabajador acosado. b) ser considerado despedido indirectamente, en cuyo caso la terminación será abusiva y le dará derecho a una compensación especial pagada por 6 pagos mensuales, de acuerdo con la última remuneración del empleado, que será acumulativa a la remuneración común<sup>73</sup>.

En el primer caso, la compensación por daños morales recae en la persona responsable del acto de acoso sexual, quien, como se dijo, puede ser el propio empleador, pero también un tercero, como, por ejemplo, otro empleado de la empresa, lo que implica que el trabajador puede presentar una queja directamente ante el tribunal, una situación

---

<sup>70</sup> Castello, Alejandro. Despido especial por acoso sexual. RASO DELGUE, Juan (Director); Castello, Alejandro (coordinador). Derecho del trabajo, tomo II. Reglamentación del trabajo; terminación de las relaciones de trabajo. 2ª edición. Fundación de Cultura Universitaria: 2015. P. 338-339

<sup>71</sup> Castello, Alejandro. Despido especial por acoso sexual. RASO DELGUE, Juan (Director); Castello, Alejandro (coordinador). Derecho del trabajo, tomo II. Reglamentación del trabajo; terminación de las relaciones de trabajo. 2ª edición. Fundación de Cultura Universitaria: 2015. P. 339.

<sup>72</sup> Castello, Alejandro. Despido especial por acoso sexual. RASO DELGUE, Juan (Director); Castello, Alejandro (coordinador). Derecho del trabajo, tomo II. Reglamentación del trabajo; terminación de las relaciones de trabajo. 2ª edición. Fundación de Cultura Universitaria: 2015. P. 339.

<sup>73</sup> Castello, Alejandro. Despido especial por acoso sexual. RASO DELGUE, Juan (Director); CASTELLO, Alejandro (coordinador). Derecho del trabajo, tomo II. Reglamentación del trabajo; Terminación de las relaciones de trabajo. 2ª edición. Fundación de Cultura Universitaria: 2015. P. 339.



idéntica a la que deseaban alentar a los autores de la Ley 13.467, como lo demuestra la redacción del artículo 223-E del CLT recientemente introducido. Aunque la regla no lo aclara, parece claro que si el empleador tiene la culpa de haber conocido los actos de acoso y de no tomar ninguna acción represiva, también puede estar sujeto a un reclamo de daño moral, que puede hacerse de forma acumulativa o independientemente del reclamo contra la persona directamente responsable. La situación descrita, como se puede ver, es bastante similar a la propuesta por la nueva ley.<sup>74</sup>

Alejandro Castello concluye afirmando que no es suficiente, en Uruguay, que se haya verificado un caso de acoso para que el trabajador pueda ser considerado despedido indirectamente y reclamar una compensación especial, pero, además, es necesario probar la inacción del empleador, a menos que ser responsable de actos de acoso por parte del empleador o sus representantes directos (directores, gerentes, administradores). en este caso, la responsabilidad es estricta y el trabajador puede considerarse despedido sin haber notificado previamente actos de acoso sexual<sup>75</sup>. En sus palabras, “dependerá de la jerarquía que tenga el acusado en la organización para exigir que en el conocimiento previo del empleador por parte del empleador, para que se configure el gasto especial”<sup>76</sup>.

En Brasil, la respuesta a la misma pregunta dependerá de la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del título que se ocupa de la responsabilidad por daños fuera del balance en la legislación laboral. Dependiendo del resultado del juicio de las IDA 5.870 y 6.069 y 6.082, dos soluciones diametralmente opuestas. También tendremos la responsabilidad estricta del empleador, de conformidad con el Artículo 932 del Código Civil, o la responsabilidad subjetiva del empleador, independientemente del nivel jerárquico del empleado acosador, en la forma del Artículo 223-E de la Consolidación de las Leyes Laborales.

## 9. AGRESOR Y VÍCTIMA DEL ACOSO SEXUAL

El acoso sexual es una práctica ilegal que, por definición, no distingue el género<sup>77</sup>. Tanto el agresor como la víctima pueden ser hombres o mujeres, sin necesidad de que la contraparte sea del género opuesto. En otras palabras, la atracción que te motiva puede ser tanto afectiva como ortodoxa.

A pesar de que la definición no distingue entre géneros, en la práctica es incuestionable que la abrumadora mayoría de las víctimas son agresores mujeres y hombres, lo que nos llevó a tratar el tema al comienzo de este texto como un problema de género. Si bien es posible plantear la hipótesis de que la disparidad estadística entre las denuncias contra los

<sup>74</sup> Castello, Alejandro. Despido especial por acoso sexual. Raso Delgue, Juan (Director); Castello, Alejandro (coordinador). Derecho del trabajo, tomo II. Reglamentación del trabajo; terminación de las relaciones de trabalho. 2ª edición. Fundación de Cultura Universitária: 2015. P. 339

<sup>75</sup> Castello, Alejandro. Despido especial por acoso sexual. RASO DELGUE, Juan (Director); Castello, Alejandro (coordinador). Derecho del trabajo, tomo II. Reglamentación del trabajo; terminación de las relaciones de trabalho. 2ª edición. Fundación de Cultura Universitária: 2015. P. 341

<sup>76</sup> Castello, Alejandro. Despido especial por acoso sexual. RASO DELGUE, Juan (Director); Castello, Alejandro (coordinador). Derecho del trabajo, tomo II. Reglamentación del trabajo; terminación de las relaciones de trabalho. 2ª edición. Fundación de Cultura Universitária: 2015. P. 341

<sup>77</sup> Observe-se a este respeito os ensinamentos de Martínez Vivot: “Siempre el sujeto pasivo, en cualquiera de los tipos de acoso sexual, es un empleado dependiente. Éste es quien puede ser asediado por el empleador, o quien lo represente, por sus compañeros, o verse afectado por un ambiente de trabajo hostil, pudiendo pertenecer al sexo femenino o masculino. (Martínez Vivot, Júlio J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 31).

hombres es mucho mayor que las denuncias contra las mujeres es el resultado de una cultura que requiere que los hombres acepten cualquier coqueteo porque negarse pondría a prueba su virilidad, no hay No hay evidencia científica que respalde esta hipótesis, por lo que no se considerará aquí. La hipótesis más estudiada es que la mayoría de las víctimas son mujeres porque históricamente el poder ha estado del lado de los hombres y, por esta razón, también su ejercicio abusivo. En este sentido son las lecciones de Martínez Vivot: Como se advierte, en los inicios el acoso sexual sólo lo encontramos referido a las mujeres, y en particular a las que trabajan. No aparecían, entonces, referencias a que la misma situación podría presentarse respecto de varones, que tal vez podían ser también víctimas del hecho, en una manifestación de poder femenino o aun masculino. Pero aquí está la clave para explicar esa omisión. y ella es que el acoso sexual es una manifestación tal pero, a la vez, es una muestra del ejercicio del poder con respecto a un subordinado, por lo menos en lo que llamaríamos casos típicos de acoso sexual. Y es sabido que sólo tiempo más tarde, con esfuerzos y venciendo resistencias, las mujeres fueron adquiriendo cargos de jerarquía, y aún hoy, dependiendo de los países, de su desarrollo y de la mayor capacitación de la mujer, todavía es notoria la diferencia entre éstas y los varones, en lo que atañe a cargos ejecutivos, de conducción o mando, jerárquicos o directivos. Entonces las denuncias y las referencias, y aun los casos judiciales, se refirieron exclusivamente a mujeres acosadas o que se sentían así, y sólo después de algún tiempo, y en menos medidas, comenzaron a aparecer y difundirse casos de asedio sexual a varones.<sup>78</sup>

Sin embargo, dentro del género femenino, hay grupos más vulnerables que otros, como bien observan Luiz Carlos Amorim Robortella y José Pastore. Los dos maestros del estado de São Paulo, basados en Michael Rubenstein, dicen que “entre las personas más acosadas están las mujeres jóvenes, las nuevas en el mercado laboral, las que realizan servicios temporales, las que trabajan en condiciones precarias, las que tienen discapacidades y los representantes minorías”<sup>79</sup>.

Según otro estudio, esta vez de Margareth y David Collinson, advierten sobre la vulnerabilidad de los trabajadores en profesiones que hasta hace poco eran típicamente hombres y donde la entrada de mujeres representaba una fuerte competencia para los hombres, citando el caso de los vendedores de seguros, que ganan comisiones sustanciales y otros beneficios<sup>80</sup>.

Para hablar sobre el acoso sexual en el trabajo, es esencial que la víctima sea un empleado. Como ya se vio, las situaciones de hostigamiento entre maestros y estudiantes, el ejército y otras esferas de las relaciones profesionales también son anti-legales, pero escapan al objeto de la ley laboral, por lo que no se abordarán en este documento. El agresor, a su vez, podría ser el empleador, compañeros de trabajo e incluso subordinados. El acoso sexual por chantaje, que presupone abuso de poder, es, por regla general, practicado por un superior. Sin embargo, nada impide que un subordinado o subordinado que mantiene un grado de parentesco con uno de los propietarios de la empresa hostigue a su superior o superior, utilizando su relación con el jefe como una herramienta poderosa. El acoso sexual

---

<sup>78</sup> Martínez Vivot, Júlío J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 8.

<sup>79</sup> Rubenstein, Michael; De Vries, Ineke M. How to combat sexual harassment at work. Bruxellas: Commission of European Communities, 1993 apud Pastore, José; Robortella, Luiz Carlos Amorim. Assédio sexual no trabalho: o que fazer? São Paulo: Makron Books, 1998, pp.1-2.

<sup>80</sup> Collinson, Margareth & Collinson, David. It's only dick: the sexual harassment of women managers in insurance sales. Work, employment and society, v. 10, n.1, 1996 apud Pastore, José; Robortella, Luiz Carlos Amorim. Assédio sexual no trabalho: o que fazer? São Paulo: Makron Books, 1998, p.2.

debido a la intimidación puede ser practicado indistintamente por un superior, colega o subordinado, es suficiente para no respetar la negativa de la víctima.

También debe tenerse en cuenta que habrá hostigamiento incluso cuando el beneficiario de la práctica sexual no se encuentre dentro del alcance de esa relación laboral. Mejor explicado, uno si un empleado acosa a otro empleado para mantener relaciones con un cliente o accionista de la compañía, habrá una situación de acoso en la que el primero será un agresor y el segundo una víctima, incluso si se solicitan los favores a un tercero. En este sentido están las enseñanzas de Martínez Vivot: También dentro de este tema, debemos señalar que en tal tipo de acoso, llevado a cabo por hombre o mujer con poder sobre su personal, no siempre aquel pretende los favores sexuales para sí, sino que se muestran casos en los que el asedio es para que el empleado acceda con favores sexuales o conductas afines a requerimientos de terceros, que pueden ser clientes o bien acreedores de la empresa.<sup>81</sup>

Finalmente, no debemos olvidar que las candidatas y solicitantes de empleo también pueden ser víctimas de acoso sexual. Algunos autores incluso afirman que el momento de reclutamiento sería uno de los más propensos a la ocurrencia de estas prácticas. En el mundo artístico, se acuñó una expresión peyorativa para designar el acoso sexual practicado contra candidatos de trabajo, “prueba de sofá”<sup>82</sup>.

## 10. PROBLEMAS DE EVIDENCIA

Las acusaciones de acoso sexual no son fáciles de probar. La gran mayoría de los casos se realizan a puerta cerrada, sin testigos, lo que crea un dilema para la definición de la carga de la prueba en relación con este tema. Imponer exclusivamente al presunto agresor la carga de probar la exactitud de su conducta o la falta de veracidad de las acusaciones que le fueron imputadas, consistiría en establecer una situación de prueba diabólica<sup>83</sup>. Requerirle siempre a la víctima que pruebe algo que sucedió en ausencia de testigos tampoco es la opción más adecuada.

Es cierto que las conversaciones a través de las redes sociales y los mensajes de correo electrónico pueden demostrar la existencia de mala conducta o, al menos, indicios de que han ocurrido. El mayor problema es definir cómo resolver el problema en los casos en que no hay evidencia de la presunta irregularidad, solo existe la palabra del demandante o del acusado contra el acusado.

Martínez Vivot sugiere que se otorgue a los jueces el poder de juzgar casos de acoso sexual basados únicamente en sus convicciones íntimas, siempre que justifiquen adecuadamente su decisión. Lo hace porque el acoso sexual ocurre, en general, al esconderse, “buscando que otras personas vean al autor y lo vean, lo que origina la ausencia de heridas directas, lo que dificulta que la persona lo descubra”<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Martínez Vivot, Júlio J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p.31.

<sup>82</sup> Observe-se a esse respeito os ensinamentos de Martínez Vivot: “Uno de los momentos y situaciones más propensos al acoso sexual no se presenta con trabajadoras ya incorporadas a la empresa, sino, precisamente, con quienes aún no tienen tal calidad y, por tanto, son solamente aspirantes”. (Martínez Vivot, Júlio J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 33).

<sup>83</sup> Nome atribuído para prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, como a prova de fato negativo.

<sup>84</sup> Martínez Vivot, Júlio J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1995, p. 121-122.

En Brasil, los tribunales difieren sobre la carga probatoria de los cargos de acoso sexual. Hay jueces que afirman que debido a que la evidencia de acoso sexual es extremadamente difícil, “la carga de prueba debe ser relajada, sin necesidad de evidencia sólida, para evitar el requisito de evidencia imposible”. Aun así, de acuerdo con la misma sentencia, es necesario que las acusaciones del presunto acoso se basen mínimamente en pruebas o, al menos, en indicaciones de la ocurrencia real de los hechos imputados. En ausencia de estos elementos, el principio constitucional de la presunción de inocencia esculpido en el art. 5º, inc. LVIII, CF / 88<sup>85</sup>. En otra decisión, el mismo tribunal reafirmó que es necesario mitigar el requisito de evidencia sólida, siempre que esté claro “la práctica de actos ofensivos, con connotaciones sexuales, por parte del agente infractor, incluso si se practica contra otros compañeros de trabajo”<sup>86</sup>.

Otros Tribunales, partiendo de la premisa de que la evidencia sobre la configuración del acoso sexual es una de las más difíciles de producir, sería “dar considerable relevancia a la palabra de la víctima, especialmente cuando se confirma por otros elementos probatorios, incluso si es indirecta”. Según esta comprensión, lo que no debe exigirse es la existencia de testimonios de personas que fueron testigos de los hechos.<sup>87</sup> Otros tribunales, a pesar de reconocer que el acoso generalmente no tiene testigos y el acosador no deja rastro, considera que debe probarse “de manera contundente”<sup>88</sup>.

Finalmente, pero no es realmente importante, debe notarse que algunos países están discutiendo el desarrollo de una forma de estándar para facilitar la identificación de lo que sería una conducta de acoso. Una prueba puramente subjetiva es problemática porque puede incluir formas de conducta que solo una persona demasiado sensible consideraría acoso. Una prueba “objetiva”, por otro lado, podría basarse en el patrón de “víctima razonable”, el “agresor razonable” (es decir, lo que una persona razonable en la posición del supuesto agresor consideraría acoso) o la “persona razonable”. Una prueba de “agresor razonable” fue criticada por reforzar la discriminación al perpetuar los estereotipos masculinos de lo que constituye una conducta aceptable. Los tribunales de Canadá y Estados Unidos han

---

<sup>85</sup> ASSÉDIO SEXUAL. CONDUTA ILÍCITA NÃO COMPROVADA. A prova do assédio sexual, principalmente em ambiente de trabalho, marcado por hierarquia, é extremamente difícil, razão pela qual o encargo probatório deve ser flexibilizado, dispensando-se a realização de prova robusta, a fim de evitar a exigência de prova impossível. Necessário, contudo, que as alegações do suposto assédio estejam minimamente embasadas em provas, ou, ao menos, em indícios de efetiva ocorrência dos fatos imputados. Não havendo esses elementos, prevalece o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVIII, da CF/88). (TRT-17 - RO: 00017329420175170010, Relator: Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi, Data de Julgamento: 06/06/2019, Data de Publicação: 02/07/2019)

<sup>86</sup> ASSÉDIO SEXUAL. OCORRÊNCIA. Em se tratando de assédio sexual, sabe-se das dificuldades normalmente encontradas pela trabalhadora em provar situações caracterizadoras do assédio sofrido, razão pela qual é preciso mitigar a exigência de provas robustas, bastando, assim, que fique evidenciada a prática de atos ofensivos, com conotação sexual, por parte do agente ofensor ainda que praticados contra outras colegas de trabalho. (TRT-17 - RO: 00009606520165170011, Relator: José Luiz Serafini, Data de Julgamento: 12/06/2018, Data de Publicação: 04/07/2018)

<sup>87</sup> DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. PROVA. A prova acerca da configuração de assédio sexual é uma das mais difíceis de ser produzida, já que envolve uma situação que, em regra, ocorre de forma velada, sem a presença de testemunhas. Por esse motivo, a melhor jurisprudência e doutrina aponta que, nessas hipóteses, há que se atribuir considerável relevância à palavra da vítima, especialmente quando confirmada por outros elementos probatórios, ainda que indiretos. Não há como se exigir a existência de depoimentos de pessoas que presenciaram os fatos, portanto. Caso em que há elementos suficientes a indicar a ocorrência de assédio sexual. (TRT-4 - RO: 00213165420155040019, Data de Julgamento: 25/04/2018, 1ª Turma)

<sup>88</sup> ASSÉDIO SEXUAL. A despeito de o assédio, via de regra, não ter testemunhas e o assediador não deixar vestígios, deve ser comprovado de forma contundente, o que não ocorreu no caso em apreço. (TRT-3 - RO: 00115223020165030139 0011522-30.2016.5.03.0139, Relator: Weber Leite de Magalhaes Pinto Filho, Decima Primeira Turma)

adoptado una prueba que combina elementos subjetivos y objetivos, que requieren que la conducta del acosador sea indeseable (vejatoria) para la víctima y objetivamente irracional<sup>89</sup>.

Es, como se puede concluir fácilmente, a partir de un análisis en relación con la tradición jurídica de los países mencionados, una discusión sobre los países de derecho común. Tales preguntas no son importantes, por ahora, para los académicos en países que tienen el derecho civil como una tradición. Sin embargo, en un mundo tan “globalizado”, es posible que estas preguntas pronto comiencen a formar parte de las discusiones sobre la prevención y la lucha contra el acoso sexual en Brasil en un futuro muy cercano.

## 11. CONSIDERACIONES FINALES

Las primeras noticias sobre tratamiento y lucha contra el acoso sexual provienen de la Universidad de Cornell, en los Estados Unidos, en los años 70, generadas por movimientos feministas. Siete años después, el primer caso paradigmático que insertó la conducta del acoso sexual como discriminatorio apareció en una decisión de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, seguida de Sudáfrica con el juicio paradigmático que estableció el acoso no solo como una conducta repetida de la enfermedad, que caracteriza al instituto también en la existencia de actos insolentes que asocian el análisis subjetivo con el objetivo.

El organismo internacional más grande en derecho laboral, la OIT solo reguló el acoso sexual en 2019, a través de la convención 190, que tiene varias disposiciones que destacan la igualdad de género. Países como Italia, Bélgica, Francia, Alemania, Sudáfrica, Argentina y Uruguay que ya han desarrollado legislación para combatir el acoso sexual en el trabajo como una forma de discriminación, denotando la connotación siempre vinculada a una cuestión de género.

Brasil no tenía legislación hasta 2001, cuando la Ley N° 10.224 agregó el art. 216-A al Código Penal de Brasileiro que penaliza la conducta, exigiendo por el tipo penal que el superior, agente activo del tipo penal, sea un superior jerárquico, lo mismo que no sucede con el desarrollo de la doctrina laboral, en la medida en que el agente activo de la conducta puede ser un compañero de trabajo, el propio empleado frente al empleador e incluso el cliente. Otro punto de crítica para el tipo penal es la reducción de la conducta dentro del alcance de la relación laboral, como si en cualquier otra relación legal, como académica, entre los militares, entre otros, no fuera posible practicar el acto abusivo e ilegal.

La caracterización del acoso sexual en el área laboral impone dos elementos esenciales: la conducta de naturaleza sexual y el rechazo de esta conducta por parte de la víctima. Los actos pueden repetirse o simplemente un acto aislado, dada su gravedad, también puede

---

<sup>89</sup> The appropriate test for sexual harassment has been a subject of much debate. A central issue has been whether the test should be subjective or objective. In terms of a subjective test, conduct will amount to sexual harassment if it is experienced as such by the victim. A purely subjective test is problematic in that it could include forms of conduct which only an overly sensitive person would deem to be harassment. An ‘objective’ test, on the other hand, could be based on the standard of the ‘reasonable victim’, the ‘reasonable perpetrator’ (that is, what a reasonable person in the position of the alleged perpetrator would regard as harassment), or the ‘reasonable person’. A ‘reasonable perpetrator’ test has been criticized on the grounds that it reinforces discrimination by perpetuating male stereotypes of what constitutes acceptable conduct. Canadian and United States courts have adopted a test which combines subjective and objective elements, requiring that the harasser’s conduct should be unwelcome (vexatious) to the victim as well as objectively unreasonable. (Du Toi, Darcy *et al.* Labour Relations Law: A Comprehensive Guide. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015, p. 700-701).

caracterizar el acoso sexual contra una víctima o varias de ellas: el ambiente de trabajo en este caso es adicto y necesita corrección para estar sano nuevamente. Esta conducta puede ser física o verbal. El autor puede ser de cualquier género, aunque en la historia del instituto se extrae que las mujeres siempre han sido más víctimas que los hombres.

En cuanto a la pregunta de prueba, que es difícil de acceder para la víctima, hay quienes defienden la posibilidad de que el juez use la condena íntima para el juicio, pudiendo presentar copias de mensajes en redes sociales, grabaciones de uno de los interlocutores, sin embargo, mínimamente basados en evidencia o evidencia. Algunos países discuten la elaboración de una víctima o agresor razonable, un criterio que siempre es muy difícil y subjetivo. Sin embargo, la combinación de criterios objetivos y subjetivos ha prevalecido para que una conducta de acoso no se oculte al amparo de la impunidad.

## REFERÊNCIAS:

ALVES, GABRIEL ALEXANDRINO. Assédio sexual: um novo paradigma para o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, ALICE MONTEIRO DE. O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado. Genesis – Revista de Direito do Trabalho. Curitiba: Genesis, vol. 70., outubro de 1998.

BRASIL. Justiça Do Trabalho. assedio Sexual. (TRT-17 - RO: 00736006820135170012, Relator: ANA PAULA TAUCEDA BRANCO, Data de Julgamento: 28/08/2017, Data de Publicação: 04/09/2017).

BRASIL. Justiça do trabalho. Processo: RO - 0000069-56.2016.5.06.0009, Redator: Maria das Gracas de Arruda Franca, Data de julgamento: 09/07/2019, Terceira Turma, Data da assinatura: 09/07/2019) (TRT-6 - RO: 00000695620165060009, Data de Julgamento: 09/07/2019, Terceira Turma)

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. TRT-3 - RO: 00101458320185030129 0010145-83.2018.5.03.0129, Relator: Maria Stela Alvares da S. Campos, Nona Turma)

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. TRT18, ROPS - 0010078-48.2019.5.18.0006, Rel. MARIO SERGIO BOTTAZZO, 3ª TURMA, 30/07/2019.

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. (TRT-17 - RO: 00004409220175170004, Relator: JAILSON PEREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 13/08/2018, Data de Publicação: 30/08/2018).

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. (TRT-4 - RO: 00214363120155040332, Data de Julgamento: 23/03/2018, 2ª Turma).

BRASIL JUSTIÇA DO TRABALHO. (TRT-4 - RO: 00211551920165040016, Data de Julgamento: 28/11/2018, 1ª Turma).

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO (TRT-1 - RO: 01015366220175010048 RJ, Relator: LEONARDO DA SILVEIRA PACHECO, Data de Julgamento: 21/05/2019, Gabinete do Desembargador Leonardo da Silveira Pacheco, Data de Publicação: 28/05/2019).

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. (TRT-17 - RO: 00017329420175170010, Relator: WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, Data de Julgamento: 06/06/2019, Data de Publicação: 02/07/2019).

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. (TRT-17 - RO: 00009606520165170011, Relator: JOSÉ LUIZ SERAFINI, Data de Julgamento: 12/06/2018, Data de Publicação: 04/07/2018).

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. (TRT-4 - RO: 00213165420155040019, Data de Julgamento: 25/04/2018, 1ª Turma).

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. (TRT-3 - RO: 00115223020165030139 0011522-30.2016.5.03.0139, Relator: Weber Leite de Magalhaes Pinto Filho, Decima Primeira Turma).

CARDONE, Marly. O assédio sexual como justa causa. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23/94.

CARVALHO, Augusto César Leite de. Direito do trabalho: curso e discurso. São Paulo: LTr, 2016.

CASTELLO, Alejandro. Despido especial por acoso sexual. RASO DELGUE, Juan (Director). CASTELLO, Alejandro (coordinador). Derecho del trabajo, tomo II. Reglamentación del trabajo. terminación de las relaciones de trabalho. 2ª edición. Fundación de Cultura Universitária: 2015.

DU TOI, Darcy *et ali*. Labour Relations Law: A Comprehensive Guide. 6<sup>th</sup> edition. Johannesburg, 2015.

FRANÇA. Legifrance. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: ago 2019.

ITALIA. Código Civil. Tradução livre. Disponível em: < [http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter\\_Dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm)>. Acesso em: ago.2019.

MANGARELLI, Cristina. Acoso laboral. Concepto y prevención. Derecho Laboral tomo L, n. 225, enero-marzo 2007.

MARTÍNEZ VIVOT, Júlio J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y RicardoDepalma. Buenos Aires: 1995.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001.

PASTORE, José. ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Assédio sexual no trabalho: o que fazer? São Paulo: Makron Books, 1998.

SANTOS, Aloysio. Assédio sexual nas relações trabalhistas e estatutárias. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOBRINHO, José Wilson. Assédio sexual e justa causa. Repertório IOB de jurisprudência, n. 4/96.

MARTÍNEZ VIVOT, Júlio J. Acoso sexual en las relaciones laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y RicardoDepalma. Buenos Aires: 1995.

# **EL EMPRESARIO CONFIADO: REFLEXIONES EN RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRABAJO**

MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO

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

Universidad Carlos III de Madrid

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. REGLAS GENERALES EN RESPONSABILIDAD CIVIL CON INTERVENCIÓN DE VARIOS SUJETOS CAUSANTES
3. LA VALORACIÓN DE LA CONFIANZA DEL EMPRESARIO Y SUS EFECTOS CONTRADICTORIOS EN PREVENCIÓN
4. REFLEXIONES FINALES



## 1. INTRODUCCIÓN

Esta contribución está realizada en homenaje a mi admirado Maestro, el Profesor Santiago González Ortega. Él me inició en el estudio de la responsabilidad en prevención de riesgos laborales y estas reflexiones, fruto de sus enseñanzas en una materia sobre la que dirigió uno de mis primeros trabajos, están dedicadas a él.

Entre todas las cuestiones controvertidas que suscita la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo, una que siempre ha planteado especial interés es la relativa a la valoración del nivel de confianza aceptable que un empresario puede tener en la actuación de sus trabajadores y delegados, ya sea dentro de la empresa como fuera de ella. Este tema ha experimentado marcados vaivenes e interpretaciones y, tras años de evolución y estudio, aquí se presentan una serie de reflexiones acerca de las tendencias actuales detectadas en esta cuestión. Especialmente en lo que hace a la responsabilidad civil y también, siquiera colateralmente por su estrecha relación con la anterior, al recargo de prestaciones.

## 2. REGLAS GENERALES EN RESPONSABILIDAD CIVIL CON INTERVENCIÓN DE VARIOS SUJETOS CAUSANTES

Una de las circunstancias que más conflictividad judicial genera en responsabilidad civil es la relativa a los accidentes de trabajo en que intervienen más sujetos causantes además del empresario. Ya sean trabajadores dependientes del empresario, auxiliares o la propia víctima. Esto ha marcado una serie de tendencias de interés cuyas características merece analizar. En este epígrafe se examinarán sus reglas generales de funcionamiento.

### 2.1. Responsabilidad civil por accidente de trabajo con intervención de dependientes o auxiliares

Los casos de responsabilidad con intervención de sujetos distintos a la víctima, ya sean dependientes o auxiliares del empresario, suelen sustanciarse a través de la denominada responsabilidad por hecho ajeno o de los dependientes. Regulada en el art. 1903.4 CCiv, establece lo que hasta ahora se calificaba formalmente como una responsabilidad por culpa y en la práctica como una responsabilidad vicaria<sup>1</sup>. Esto quiere decir que, en teoría, para que el empresario respondiera por actuaciones de sus trabajadores que causaran un accidente de trabajo de un compañero, era necesaria la culpa del trabajador, pero también del propio empresario. Pero en la práctica, con la existencia de la culpabilidad del trabajador es suficiente, presumiéndose la del empresario y respondiendo como si fuera a título propio. Pues, aunque queda abierta la vía del derecho de repetición, este apenas es admitido por los Tribunales.

Ello a pesar de que la obligación de seguridad y salud del empresario es de medios. Pero tal calificativo no debe llevar a error, dado que el nivel de diligencia exigido al empresario y utilizado por los Tribunales es de tal intensidad que, siendo de medios, es “prácticamente de resultado”<sup>2</sup>. De manera que, acaecido el accidente de trabajo, la

---

<sup>1</sup> Yzquierdo Tolsada, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Dykinson, 2001, p. 263.

<sup>2</sup> González Ortega, S.; Aparicio Tovar, J. *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Trotta, 1996, p. 107.

imputación de responsabilidad al empresario es casi automática. Solo cabía la exoneración del mismo en casos excepcionales que pueden resumirse, en el caso del trabajador dependiente, de “pérdida de autoridad” sobre el mismo, en esencia, actuaciones fuera de sus funciones, desobediencia injustificada o imprudencia temeraria. Casos en los que la previsibilidad desaparece, quedando exonerado el empresario. Si bien no debe olvidarse la existencia, también, de casos intermedios en que la responsabilidad del empresario es moderada, como es el abuso de funciones. En el supuesto de la responsabilidad por hechos de los auxiliares, sigue parámetros parecidos a los anteriores, de manera que el empresario normalmente va a responder ante la víctima del suceso, quedando abierta la vía de repetición del art. 1904 CCiv.

Todo ello, hace que habitualmente, aunque el empresario sea diligente, sea imputado por responsabilidad sobre la base de preceptos como son el art. 14 o el 15.4 LPRL, según el caso.

## **2.2. Responsabilidad civil por accidente de trabajo con intervención de la víctima**

Los supuestos de intervención de la víctima en el propio accidente de trabajo son de sumo interés. Siendo la mal llamada “culpa de la víctima” una situación poco tratada en inicio, hace ya más de veinte años que empieza a estar más presente y actualmente tiene un protagonismo indudable. Hasta el punto en que rara es la ocasión en que una demanda de responsabilidad, ya sea civil, penal o de recargo de prestaciones, no aluda a esta situación.

La culpa de la víctima hace referencia a un supuesto de posible ruptura o debilitamiento del nexo causal entre la actuación del empresario y el accidente de trabajo. Es, por tanto, un elemento propio del elemento causal de la responsabilidad y no de la culpabilidad, de manera que más que culpa de la víctima, el término adecuado es el de conducta de la víctima.

A pesar de ello, en su examen inciden, como sucede con otros elementos propios de la ruptura del nexo causal, tanto elementos propios de la causalidad como de la culpabilidad. Ya sucedía con el caso fortuito, donde la previsibilidad es elemento protagonista, y ocurre de nuevo aquí. Hasta el punto en que uno de los aspectos que se tiene en cuenta a la hora de valorar la intensidad de la causación del daño por parte de la víctima, es el nivel de imprudencia desplegado. Además de ello, se tienen en cuenta más aspectos como son el momento temporal de intervención (antes, después, o simultáneo al empresario), la derivación del comportamiento respecto del desplegado por el empresario, criterios de imputación objetiva, entre otros.

En general, la línea de tendencia en este caso era analizar la cuota de proporción causal de cada sujeto en la producción del accidente y, en función de ello, exonerar de responsabilidad al empresario, reducirla o mantenerla en su totalidad. Calificándose las conductas bien como de culpa exclusiva de la víctima, concurrencia de concausas o de culpas, y culpa exclusiva del empresario. Y, siendo más precisos, también de absorción de la culpa de la víctima por el empresario (casos en que la culpa causación del empresario supera el 90% de cuota causal) o de la víctima (caso opuesto al anterior).

En el análisis judicial, se suele dar importancia al calificativo de la conducta de la víctima en función de su nivel de culpabilidad. De manera que suele aludirse a si la conducta fue propia de una imprudencia profesional, temeraria o imprudencia normal. Habitualmente la imprudencia normal genera una concurrencia de concausas, la temeraria

sin duda exonera de responsabilidad al empresario, pero la profesional ha generado más vaivenes judiciales. Dado que se ha discutido durante mucho tiempo si, aunque no puede en teoría exonerar de responsabilidad al empresario, podría moderarla.

Esa es la duda esencial. Debe recordarse que, además de lo establecido en el art. 96.2 LRJS, el art. 15.4 LPRL establece que el empresario debe prever las imprudencias profesionales de sus trabajadores, de manera que parece claro que la exoneración de responsabilidad no es posible ante estas situaciones pues no puede confiar en que su trabajador cumpla adecuadamente con la prevención; si bien se plantea la posible moderación. Unido a lo anterior, y a pesar de tratarse formalmente de una sanción, el caso del recargo de prestaciones, como medida de responsabilidad de naturaleza peculiar, tiene también un tratamiento especial de esta materia que puede llevar a condicionar la responsabilidad civil. Todo ello es lo que se pretende esclarecer a lo largo de estas reflexiones.

### **3. LA VALORACIÓN DE LA CONFIANZA DEL EMPRESARIO Y SUS EFECTOS CONTRADICTORIOS EN PREVENCIÓN**

Partiendo de lo anterior, en los últimos años se han producido algunos pronunciamientos judiciales que tímidamente presentan ciertas situaciones atípicas que merece la pena señalar. Algunas de ellas ni siquiera parece más que apuntar a un posible cambio de tendencia en el enfoque y tratamiento de la responsabilidad en materia de accidentes de trabajo en un sentido favorable para el empresario. Otras, en cambio, se conducen en un sentido contrario. Sobre todo ello merece la pena realizar algunas consideraciones.

#### **3.1. El empresario confiado y la responsabilidad civil: ¿un razonable inicio de tendencia?**

El desarrollo de las actividades empresariales requiere, en elevadas ocasiones, de la intervención de varios sujetos pues el empresario no puede llevarlas todas a cabo, ya sea por motivos de tiempo o por cuestiones de conocimiento. En estos casos cobra especial protagonismo la institución de la delegación de funciones que, entre otros aspectos, además de descargar de tareas al empresario, si se realiza de forma correcta también lleva, al menos en la teoría, al traslado de la responsabilidad del delegante, en nuestro caso el empresario. Pero siempre quedan obligaciones residuales en el mismo, en esencia, las obligaciones *in eligendo* e *in vigilando*, de manera que el empresario deberá vigilar la actuación de su delegado e intervenir en caso de detectar comportamientos inadecuados.

Toda esta institución, en un marco normal de organización empresarial, se basa en el principio de confianza, criterio que contribuye a determinar la imputación objetiva de responsabilidad. La base de este principio es que, en supuestos de reparto de roles o tareas, se da por hecho la ausencia de un control permanente sobre los sujetos<sup>3</sup>.

No obstante, hay que recordar que el funcionamiento de la responsabilidad civil en el marco de la prevención de riesgos laborales experimenta particularidades. Fruto, entre otros motivos, de encontrarse regulada en una norma que está pensada para un tipo de relación caracterizada por la igualdad de posiciones, cosa que no sucede en la relación laboral. En definitiva, el tratarse de bienes jurídicos indisponibles, la desigual posición

<sup>3</sup> Díez-Picazo Giménez, G. *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia civil*. Civitas, 2007, p. 183.

en la relación laboral, el hecho de que el empresario conoce el conjunto de la actividad empresarial y sus interacciones en términos de riesgo laboral, además del tradicional criterio del beneficio-riesgo, hacen que ciertos elementos de la responsabilidad civil se deban interpretar de manera especial. En el caso del principio de confianza, lo que sucede es que precisamente lo que opera es el llamado principio de “desconfianza” en sentido vertical. De manera que el empresario no debe dar por hecho que sus subordinados actuarán conforme a la normativa preventiva y de forma diligente, sino todo lo contrario. No obstante, es cierto que esta confianza sí puede operar hasta cierto punto en el sentido horizontal. Claro es que esta horizontalidad no se produce apenas en el caso del empresario, vértice de la empresa, no siendo tan evidente en el caso de servicios de prevención ajenos con tareas de alta especialización. La cuestión es si esto es así en todas las ocasiones. Pues no es lo mismo una delegación de funciones por falta de tiempo material, por ejemplo, que por falta de conocimiento, como suele suceder en el caso de la realización de determinadas tareas preventivas.

Se ha afirmado en muchas ocasiones que la declaración de una responsabilidad civil objetiva es contraproducente en el marco preventivo, entre otros motivos por sus efectos desmotivadores. Pero cabe preguntarse si esto no sucede también cuando se imputa responsabilidad civil al empresario por incumplimientos que claramente él no podía llegar a valorar ni realizar, como puede ser el caso de un reconocimiento médico mal efectuado. De esta forma, si, como se decía anteriormente, en el marco de la responsabilidad civil lo habitual es la declaración de responsabilidad del empresario salvo casos extremos, se observa alguna sentencia que se desmarca de esa línea.

Es el caso de la SJS Pamplona de 18 de marzo de 2015 (proc. nº 65/2014) en que se entiende que el empresario, habiendo confiado en la evaluación de la salud realizada por el servicio médico (ajeno), debe ser exonerado de responsabilidad ante las consecuencias derivadas de una mala valoración. Una sentencia algo compleja y hasta cierto punto confusa, pero con un punto de vista relevante. Un enfoque de tener en cuenta la confianza del empresario y la imposibilidad de tener todo controlado que ya había aparecido muchos años antes en sede penal, por ejemplo, en la conocida SAP Madrid de 6 de octubre de 2003 (rec. 51/2003)<sup>4</sup>. Ello, se insiste, aunque dicho valor exonerante no es total e incondicionado, ya que siempre quedan funciones residuales como son las del deber *in eligendo e in vigilando*.

Por tanto, aunque estas obligaciones residuales del empresario normalmente son tratadas con tal intensidad que hace complicada la exoneración de responsabilidad, debe plantearse si debería haber alguna excepción más en casos en que el empresario, careciendo de conocimientos extremadamente técnicos como pueden ser los propios de la realización de una evaluación de riesgos especialmente compleja o una vigilancia de la salud, confía la realización de determinadas tareas a personal competente, ya se trate de un dependiente o no.

Se puede pensar en variados argumentos al respecto, ya sea el clásico de la desincentivación de la prevención, incluso al necesario desconocimiento empresarial de determinados datos, como sucede con la confidencialidad en los reconocimientos médicos,

---

<sup>4</sup> Donde, se señala, citando la STS 653/1994 de 26 de marzo, que “no es humanamente posible que quienes deben ejercer su posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”.

entre otros. Además, en determinados tipos de empresa, donde la figura empresarial se encuentra más alejada del día a día de la prestación laboral, no por desinterés sino por clara imposibilidad, como indicaba en cierto modo la SAP de Madrid mencionada, habiendo establecido protocolos de control adecuados, se plantea hasta qué punto es adecuado que responda; si la ruptura del nexo causal e incluso del elemento de la culpabilidad, debe ser visto con más atención siempre que quede claro que el comportamiento del empresario fue adecuado en cuanto a su deber de elección y vigilancia<sup>5</sup>. Un planteamiento, en todo caso, que en principio debería ir unido a que ese auxiliar fuera demandado junto al empresario para evitar situaciones de desprotección y que sin duda actualmente es mucho más complicado de llevar a cabo en el caso de ser un dependiente, si bien podría ser una vía de mayor flexibilización a la admisión del derecho de repetición de la que hay actualmente.

No quiere decir esto que aquí se defienda la aplicación plena del mencionado principio de confianza, pero sí quizá una reconsideración de la rigurosidad en la exoneración empresarial en casos en que la tarea llevada a cabo es particularmente técnica y especializada y teniendo en cuenta que la actividad probatoria debe ser especialmente sólida, sobre todo si se tiene en cuenta que hay que enfrentar con ello lo establecido, entre otros, en el art. 19.1 RSP. Lo contrario implicaría un riesgo elevado de que el empresario se desentienda de sus obligaciones sobre la base de la delegación de funciones.

Lo anterior resulta también aplicable en el caso en que el sujeto que intervenga en la producción del daño sea la propia víctima. Se ha dicho anteriormente cuál es en líneas generales el mecanismo de funcionamiento de la culpa de la víctima. Dentro de lo que es la causalidad, el principio de confianza es menor aún que en el caso de que el accidente sea cometido por otro trabajador o auxiliar que no sea la víctima, si bien por estos motivos se le otorga importancia crucial al cumplimiento de obligaciones como la formación e información del trabajador en cuestión. En estos casos, ha habido algún pronunciamiento que tiene esto presente, calificando como imprevisibles determinados comportamientos de la víctima habida cuenta de esa disposición de conocimientos y medios e incluso, ya no solo de la víctima sino también de sus compañeros (STSJ Cataluña 28 de octubre de 2020 (rec. 3312/2019)).

Pero la vía en esos casos de determinar la imprevisibilidad es calificar algunos comportamientos de los trabajadores como propios de una imprudencia temeraria. Es decir, decantar el tipo de culpa de la víctima en función, casi exclusivamente, de un parámetro propio de la culpabilidad. En esos casos, se considera que se rompe sin duda el nexo causal y la responsabilidad. Esto lleva a plantearse cómo afecta este tipo de cuestiones en los casos del otro tipo de imprudencia esencial, la profesional. Algo que no era muy evidente hace años, pues durante mucho tiempo se discutía si este tipo de negligencia ni siquiera podía llevar a reducir la indemnización civil. Esto fue quedando atrás con el aumento del protagonismo de la culpa de la víctima y se fue aceptando esta moderación, aunque no la exoneración.

Por tanto, en materia de responsabilidad civil, claramente la relación con la víctima impide la aplicación de esa confianza del empresario mucho más que con la intervención de otro tipo de sujetos y esencialmente en tareas más especializadas. No obstante, lo que debe señalarse, es que la gran relevancia que se otorga desde los Tribunales a la calificación del tipo de imprudencia, desplaza en cierto modo el análisis de la intervención de la

<sup>5</sup> Algo que ya se apuntaba en cuanto a los auxiliares en Alfonso Mellado, C. L. "La responsabilidad de "terceros" por accidente de trabajo". En *XVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social*. Barcelona, 2007.

víctima o trabajador, desde la sede de causalidad a la sede de culpabilidad. De manera que cualquier actuación, calificada como temeraria o profesional, a veces prescinde de examinar los demás requisitos que se deben emplear para determinar ese nexo causal con el daño. Esto ha llevado a que determinados comportamientos de la víctima se califiquen como temerarios cuando no necesariamente lo son o viceversa. Y esta situación, si bien en sede de responsabilidad civil están relativamente más controlada, tiene un efecto dominó cuando se traslada a otras responsabilidades derivadas de accidente.

Pues lo claro es que hay que tener en cuenta excepciones a la aplicación directa de esta profesionalidad, como es, por ejemplo, cuando el trabajador es un profesional cualificado y sujeto a la *lex artis*<sup>6</sup> u otras circunstancias que inciden en la existencia o no de culpa de la víctima como<sup>7</sup>: existencia de una orden del empresario o mando; formación o información respecto del riesgo que produce el daño; la tolerancia de comportamientos contrarios a la prevención; u otras circunstancias personales como experiencia, edad, entre otros.

### 3.2. Consecuencias en responsabilidad civil del tratamiento de la confianza en el recargo de prestaciones: ¿el todo o nada de la responsabilidad?

La responsabilidad civil por accidente de trabajo confluye con otras con las que interacciona desde distintos puntos de vista, como es el caso de la compatibilidad entre ellas o la cosa juzgada. Estos efectos se producen de manera peculiar e interesante con el recargo de prestaciones, recogido en el art. 164 LGSS pero que data de mucho antes y que está reservado, pues tal es su origen, para casos más graves que la propia responsabilidad civil.

Pero si bien el recargo en su origen estaba previsto como medida de responsabilidad reforzada por la Ley de Accidentes de Trabajo<sup>8</sup>, actualmente, su aplicación es mucho más habitual bajo la idea, entre otras, de que al empresario no le salga más económico incumplir las medidas preventivas y pagar una indemnización civil, asegurable. Dado que el recargo no es asegurable, esta medida, formalmente sancionadora, tendría un efecto más desincentivador. El hecho de su presencia más que constante en los supuestos de accidente de trabajo, ha hecho que el destino de ambas responsabilidades, civil y recargo, en más de una ocasión esté más unido de lo que en teoría sería imaginable habida cuenta de su naturaleza jurídica diversa.

Uno de esos puntos de unión es el relativo al de la cosa juzgada positiva. De manera que, establecido en sentencia firme el incumplimiento empresarial y su relación causal con el accidente en casos de responsabilidad civil, esto vincula en el caso del recargo y viceversa (entre otras, STS 15 diciembre 2017 (rcud 4025/2016)) pues la causalidad tiene el mismo funcionamiento en las dos (STS de 14 de febrero de 2018 (rcud. 205/2016)). De modo que ambos se encuentran relativamente condicionados. Pero este condicionamiento también está sucediendo con el tratamiento de la imprudencia del trabajador y la confianza del empresario en sus actuaciones, como se verá a continuación.

<sup>6</sup> STSJ Andalucía de 14 de diciembre de 2017 (rec. 2508/2016). Y Carrasco Martín, J; Azagra Malo, A. Responsabilidad empresarial por accidentes laborales causados por cintas transportadoras. Comentario a la STS, 1ª, 6.11.2002. *Indret*, nº 4, 2003.

<sup>7</sup> Pérez Capitán, L. *Imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*. Aranzadi, 2009, p. 25 y ss.

<sup>8</sup> Esto es, en el caso de accidentes que, existiendo grave imprudencia del empresario merecían resarcimientos más elevados para la víctima que en el caso de accidentes sin incumplimiento, también previstos en una Ley que, como se sabe, era de responsabilidad objetiva.

Durante algunos años, existió una tendencia favorable al empresario a exonerarle del recargo en casos de imprudencia de sus trabajadores. Tanto en el caso de la víctima como de otros trabajadores a su cargo causantes del daño. Una incidencia que dependía de factores, como sucede en el caso de la responsabilidad civil, como la intensidad de la negligencia del empresario o de la víctima, el tipo de incumplimiento, el cumplimiento de las previas obligaciones de formación e información, entre otros.

De esta manera, la imprudencia temeraria de un dependiente exoneraría del recargo al empresario, más aún que en el caso de la responsabilidad civil, pues este analiza en principio solo la intervención del empresario, único sujeto que puede ser declarado responsable del mismo sin que opere la responsabilidad por hechos de los dependientes. Además, al tratarse de una sanción, el examen de la culpabilidad del empresario debe ser más rigurosa (STSJ Castilla león 17 de julio de 2019 (rec. 444/2019) y STS 28 febrero 2019). Destaca en este caso la STS de 28 de febrero de 2019 (rcud. 508/2017) en que el empresario es exonerado por la imprudencia temeraria de un trabajador compañero de la víctima. Se excusa aquí su deber de vigilancia pues “sería diabólico exigir al titular de la empresa el don de la ubicuidad para estar presente en todos los lugares en que se desarrollan actividades de peligro”. Por tanto, un caso fundamental, pues flexibiliza de una manera muy relevante una de las obligaciones que en mayor número de ocasiones lleva al empresario a ser declarado responsable.

Sin embargo, cabe preguntarse qué sucede en el caso en que esta imprudencia del trabajador dependiente de la empresa no es de naturaleza temeraria, pues en estos casos, si existe incumplimiento del empresario, ya no podrá alegar una falta de previsibilidad asociada a la causación del accidente. El argumento de que el empresario no debe responder, en el caso del recargo, por las acciones de sus dependientes, parece que decae aquí. Y para ello suele acudir a la previsibilidad del comportamiento asociada a la falta de vigilancia, incumplimiento propio del empresario. De manera que, ante una imprudencia profesional, el recargo sería aplicable.

No obstante, hay ocasiones en que, para liberar de responsabilidad al empresario, se considera aceptable la confianza en el trabajador, sin necesidad de vigilancia, en casos en que hay suficiente formación, información y medidas para prever las distracciones. Es el caso de la STSJ Extremadura de 1 de julio de 2014 (rec. 211/2014), en un accidente derivado de la falta de entendimiento entre los trabajadores además de no utilizar las medidas añadidas de seguridad que se interpretaron como las correspondientes a prever las distracciones de los mismos, excusándose la falta de vigilancia de los trabajadores. En caso contrario, perviviendo el incumplimiento causante del daño, la imputación del recargo se produciría a título propio. Es lo que sucede en la STSJ del País Vasco de 7 de mayo de 2019 (rec. 756/2019), que impone el recargo en un caso también de falta de entendimiento entre los trabajadores y se trata de un tema sin duda sobre el que habrá que mantener la atención. En cambio, otorgando importancia relevante a la vigilancia, se impone el recargo en la STSJ de Andalucía de 7 de febrero de 2018 (rec. 620/2017), habida cuenta además de la multitud de incumplimientos empresariales.

Y, si se habla de los límites de la confianza en relación con la necesidad de prever comportamientos imprudentes, no puede dejar de considerarse el caso de las conductas imprudentes de la víctima del siniestro. Se parte nuevamente de la exoneración del recargo de prestaciones en supuestos de imprudencia temeraria de la víctima que, a diferencia del caso anterior, impide la calificación del accidente de trabajo. En el caso de la imprudencia

profesional, debe ser prevista por el empresario que por ello no podría exonerarse de responsabilidad, tal como establece el art. 96.2 LRJS<sup>9</sup>.

Pero, dado que la finalidad inicial del recargo era reservarlo para supuestos de especial gravedad, su tendencia ha sido errática en ocasiones, con distintos criterios acerca de si la imprudencia profesional permitía la moderación e incluso la exoneración del empresario. En concreto, el supuesto que más complejidad reviste es aquél en que el porcentaje del que se parte es el mínimo, y por tanto se plantea si la incidencia de esta imprudencia podría hacer que desapareciera el recargo, no así necesariamente la responsabilidad civil que, como se ha dicho, no exonera al empresario en dichos supuestos. Se insiste, porque siempre existiría esa vía alternativa, la de la responsabilidad civil (es la lógica que subyace en la STS 28 febrero 2019).

De esta forma, durante algún tiempo hubo sentencias que admitían la exoneración empresarial del recargo en casos de imprudencia profesional. Es el caso de las STS 20 de marzo de 1985, STSJ Cataluña 22 octubre 2010 (rec. 3762/2009), STSJ del País Vasco, de 4 de abril de 2006 (rec. 2984/2005), o la STSJ Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2006 (rec. 103/2006), entre otras. Aludiendo indirectamente, de nuevo, algunas, a ese principio de confianza al justificar la falta de vigilancia del empresario (STSJ de Aragón, de 28 de mayo de 2001 (rec. 663/2000)).

Sin embargo, la tendencia actual en la doctrina judicial es considerar que la única forma de exonerar a la empresa del recargo de prestaciones, por motivos relativos a la incidencia de la víctima del accidente, es la existencia de una imprudencia temeraria. Siendo para ello determinante la STS de 20 de enero de 2010 (rec. cas. 1239/2000), que estableció que, si se parte de un recargo de un 30% y hay imprudencia profesional, no se puede exonerar al empresario pues no es posible reducir más el porcentaje al ser el mínimo. En el mismo sentido, se deben mencionar la STSJ País Vasco de 28 de enero de 2020 (rec. 21/2020), la STSJ de Castilla la Mancha de 21 de enero de 2021 (rec. 274/2020) y de 15 de octubre de 2015, o STSJ Castilla la Mancha de 29 de noviembre de 2013. Por tanto, la imprudencia profesional no podría conllevar la exoneración del recargo, pero sí se reconoce que este tipo de imprudencia disminuye tanto la cuantía del recargo (salvo en el grado mínimo del 30%) como de la responsabilidad civil (STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2021 (rec. 3446/2020), STSJ Galicia de 8 de febrero de 2018 o la STSJ Comunidad Valenciana de 18 de junio de 2014).

Esto se corresponde sin duda con lo señalado anteriormente, el hecho de que la exoneración de responsabilidad se produce en casos de imprudencia temeraria y que, si la imprudencia profesional no exonera de responsabilidad civil por no ser suficiente para romper el nexo causal, tampoco sucedería con el recargo, que sigue los mismos requisitos de análisis de la causalidad<sup>10</sup>.

Sentado lo anterior, esto lleva a realizar una reflexión acerca de las consecuencias de tal medida, tanto en lo que hace al propio recargo como en su incidencia en la responsabilidad civil. Como primera consecuencia, de acuerdo con este funcionamiento, la única manera de exonerar al empresario del recargo de prestaciones por motivos derivados de la actuación de la víctima es la inexistencia del propio accidente de trabajo

<sup>9</sup> Interesantes reflexiones sobre este precepto en García Quiñones, J.C. “La concurrencia de culpas entre trabajador y empresario en los accidentes de trabajo (configuración legal y tratamiento jurisprudencial)”. Comunicación al XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. [https://www.ucm.es/data/cont/docs/795-2015-03-05-MX-3140N\\_20150304\\_162540.pdf](https://www.ucm.es/data/cont/docs/795-2015-03-05-MX-3140N_20150304_162540.pdf).

<sup>10</sup> Un estudio de jurisprudencia en Poquet Catalá, R. “Doctrina consolidada sobre el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad y la incidencia de la actuación temeraria”. *Lex Social*, 1/2019, pp. 451-465.



(derivada de la calificación como temeraria de la imprudencia). Pero esto querría decir que no habría tampoco causalidad del incumplimiento empresarial con el accidente y, más aún, tampoco habría responsabilidad civil<sup>11</sup>. En caso de imprudencia profesional, el recargo se mantendría y también la responsabilidad civil; no se contemplaría la exoneración del recargo y la imputación de responsabilidad civil. Por tanto, esto establece una relación entre la responsabilidad civil y el recargo de prestaciones diversa a aquella para la que estaba concebida. Pues de estar este último reservado para los supuestos de incumplimientos de mayor gravedad (tal y como recuerdan también las STS de 17 de julio de 2007 (rec. 513/2006) y STSJ Aragón de 24 junio de 2016 (rec. 447/2016)), queda ahora unido al destino de la responsabilidad civil. Y llama la atención pues, por ejemplo, en la STS de 28 de febrero de 2019 (r.c.u.d. 508/2017), se exonera al empresario al considerarse que la causa del accidente es la imprudencia temeraria de uno de sus trabajadores; pero deja abierta la vía a la responsabilidad por hechos de los dependientes que, como se ha dicho, es de las pocas situaciones en que el art. 1903.4 CCiv, aun funcionando en la práctica como una responsabilidad vicaria, impediría su aplicación.

Además, aunque se ha dicho que la gravedad del incumplimiento tiene importancia para graduar el importe, no para determinar la existencia del recargo, no obstante, también deben recordarse sentencias como las de STS de 28 de febrero de 2019 o STSJ Castilla y León de 19 de junio de 2019 (rec. 310/2019), en que se establece que la culpa del empresario, que incluye la valoración de la previsibilidad, es también necesaria para la activación del recargo, no solo para la graduación de su porcentaje. Así como se señala que esta exigencia de culpa es más rigurosa en el caso del recargo; y se tiene en consideración que el tratamiento de la culpa *in vigilando* no debe ser el mismo en el recargo que en la responsabilidad civil. De lo anterior podría plantearse que, aun en el caso de imprudencia profesional, hay más elementos a valorar.

Como segunda consecuencia se debe señalar la siguiente. No puede discutirse que esta interpretación es claramente favorable al trabajador, frente a la que otorga gradualmente más importancia al elemento de la confianza en la responsabilidad civil. Buscando con ello un efecto que incentive la prevención. Pero precisamente, lo que aquí se quiere plantear es si en realidad, se está produciendo un efecto cuestionable, que es el que un incumplimiento muy grave con un recargo de un 40 o 50% puede verse reducido en su cuantía por una imprudencia profesional, mientras que un incumplimiento que parte en inicio de una cuantía de un 30%, no se vea beneficiado de dicha reducción por ser el límite inferior del mismo, ni de ningún otro efecto.

Como tercera consecuencia y contrapunto a lo anterior, se han detectado sentencias como la STSJ Castilla y León de 19 de junio de 2019, en que hay una tendencia a flexibilizar el contenido de la obligación de vigilancia. De manera que se considera que el empresario puede confiar legítimamente en la correcta actuación de sus trabajadores cuando les dota de suficientes medios, formación e información. Algo que parece que se ajusta a la idea de la naturaleza sancionadora del recargo y por tanto su interpretación más estricta. Pero, deudor de sus asentados criterios, para evitar en esos casos la imposición del recargo, en lugar de reducir la gravedad del incumplimiento, algunos Tribunales califican el comportamiento de la víctima como imprudencia temeraria y no como profesional, consiguiéndose con ello no ya solo la exoneración del recargo sino, como se ha dicho, también la de la responsabilidad civil, posibilidad que ya no quedaría abierta, pues como se ha expresado, ambas tienen una conexión muy cercana a pesar de tener naturalezas,

---

<sup>11</sup> De hecho, las sentencias también pueden argumentar precisamente la exoneración del recargo por la inexistencia del accidente de trabajo (STSJ C. Valenciana 19 de diciembre de 2011 (rec. 1719/2011)).

al menos formalmente, opuestas. Si bien es verdad, que hay alguna sentencia, como la STS de 18 de octubre de 2016, (rec. 1233/2015), que exonera del recargo sobre la base de que el trabajador estaba debidamente formado e informado, pero declarando esto como determinante de la falta de causalidad entre el accidente y la conducta del empresario. Un caso que, sin decirlo la sentencia, se considera aquí que era de imprudencia profesional.

De igual modo, un segundo contrapunto a lo anterior es la interpretación del incumplimiento en el recargo. Pues si bien anteriormente se afirmaba de una manera más o menos sostenida que el requisito del incumplimiento se considera cumplido incluso si el mismo lo es de la obligación general de seguridad del empresario, como afirma por ejemplo la STSJ de Asturias de 16 de abril de 2019 (rec. 202/2019), otras más recientes consideran, a partir de la naturaleza sancionadora del mismo y, por tanto, la necesidad de su interpretación estricta, que “La infracción ha de ser de norma concreta, no genérica. Si se admitiese la infracción de precepto genérico para fundamentar el recargo, éste vendría a imponerse de modo objetivo, por el mero hecho del accidente” (SJS de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2021 (proc. 912/2017)). Si bien esta misma sentencia posteriormente vuelve a admitir la vía de la vulneración de la obligación general de seguridad. Por tanto, se trata de, quizá, un atisbo de cambio en la interpretación de este requisito del recargo aunque aún sin mucho recorrido pero que cambiaría, también, esa relación que sin duda tiene con la imputación de responsabilidad civil que, como se sabe, admite sin ningún género de dudas la vulneración de dicha obligación como base para la misma.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

En este trabajo se han realizado unas reflexiones sobre el funcionamiento y consecuencias prácticas del tratamiento de la confianza desplegada por el empresario en materia de responsabilidad civil por accidente de trabajo, tanto en sus trabajadores como en auxiliares contratados para el cumplimiento de las obligaciones preventivas. Además, también se ha examinado cómo la valoración y reglas de funcionamiento de otras responsabilidades, como es el caso del recargo de prestaciones, puede condicionar hasta cierto punto la responsabilidad civil.

En esencia, se ha señalado cómo tras muchos años de aplicación rigurosa del principio de “desconfianza” a la actuación del empresario, se observa cierta apertura a su flexibilización en diversos supuestos. Unos, quizá los más razonables, cuando el auxiliar que realiza la conducta que deriva en el accidente, realiza una tarea especialmente técnica o cualificada o, incluso, de la que el empresario no puede tener conocimiento completo, como es el caso de la vigilancia de la salud. En estas ocasiones, que deben tratarse con precaución y con unos requisitos probatorios exhaustivos, además de valorar otras circunstancias concurrentes, podría llegar a ser adecuado un tratamiento menos riguroso del empresario.

La otra perspectiva, es aquella que parte de una aplicación muy rigurosa de los supuestos de exoneración de responsabilidad empresarial a partir de la culpa de la víctima. Un tema que queda claramente delimitado en responsabilidad civil, y que en el caso del recargo puede generar dudas en cuanto a sus efectos. Partiendo de la necesidad de protección del trabajador, el hecho de que, acorde a la jurisprudencia, la incidencia de la imprudencia profesional del trabajador no tenga efectos en el recargo cuando este parte de un porcentaje mínimo, puede generar efectos cuestionables en prevención. A su vez,

el que solo la imprudencia temeraria, y no la profesional, determine la exoneración del recargo de prestaciones, ha llevado en ocasiones a justificar la confianza del empresario de acuerdo a criterios más discutibles. Y otras veces, no solo a debilitar la obligación de vigilancia, debido a la naturaleza del recargo, sino a unir esto a la calificación como imprudencia temeraria de conductas que, con un análisis más riguroso y clásico, no lo habrían sido. Teniendo esto como consecuencia no solo la exoneración de la responsabilidad por recargo sino también por responsabilidad civil, entre otros motivos al conllevar la inexistencia de accidente de trabajo. De manera que, en definitiva, el destino de ambas responsabilidades queda unido más allá de lo que es en realidad el objetivo del recargo.

Todo ello lleva a plantearse cuál es la tendencia que quieren seguir los Tribunales y la necesidad absoluta de coordinación en esta materia.

# **UNA “VUELTA DE TUERCA” A LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A DETERMINADOS RIESGOS**

AMANDA MORENO SOLANA

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

Universidad Carlos III de Madrid

## **SUMARIO:**

- 1. INTRODUCCIÓN: LAS PRIMERAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES**
- 2. LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: EL CONCEPTO DE TRABAJADOR ESPECIALMENTE SENSIBLE Y SUS ELEMENTOS CONFIGURADORES**
- 3. LA ADAPTACIÓN REFORZADA DEL TRABAJO A LA PERSONA**

## 1. INTRODUCCIÓN: LAS PRIMERAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES

Todavía recuerdo la lección que recibí del Profesor González Ortega en uno de mis cursos de doctorado que versaba sobre el concepto de Seguridad Social y sus elementos configuradores. Aquel día, hace ya 16 años, supe que quería formarme para conseguir, algún día, impartir una clase con ese nivel de conocimientos, exigencia, ímpetu y pasión. Obviamente, puedo asegurar que ese momento aún no ha llegado, aunque sigo queriendo imitar aquel amor a la profesión universitaria que vi aquel día.

Algún año más tarde, cuando tuve que enfrentarme al que sería mi primer trabajo de investigación, la “tesina”, sobre la prevención de los trabajadores especialmente sensibles, me acerqué a algunas de las más importantes publicaciones del Profesor González Ortega<sup>1</sup>, que me llevaron acrecentar mi admiración por su trabajo, y mis ansias por investigar aquel tema que había caído en mis manos. Cuando comencé a leer sus trabajos me di cuenta de que mis incipientes opiniones sobre la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, coincidían con sus argumentadas reflexiones doctrinales, lo que hizo acrecentar, aún más, mi admiración por él, y por toda su obra en materia de Seguridad y Salud laboral, convirtiéndose para mí, en el máximo exponente de esta disciplina jurídico laboral.

Desde que se regulase la protección de los trabajadores especialmente sensibles en el año 1995 con la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), pero, sobre todo, desde que realmente se empezase a hablar de los trabajadores especialmente sensibles allá por el año 2008, y hasta la actualidad, la sociedad española ha sufrido un crisis económico-financiera y una pandemia mundial que han tenido importantes repercusiones en la aplicación del precepto. Primero, porque a raíz de la crisis económica, los recortes en la Seguridad Social se manifiestan, entre otras cosas, en la necesaria vuelta al trabajo de todos aquellos a los que ya no se les iba a declarar la incapacidad permanente. Esto supone un importante auge de la efectiva aplicación de este precepto, que activa la maquinaria de la adaptación de los puestos para todos los trabajadores que se encuentran con ciertas limitaciones en la realización de muchas de sus funciones laborales. Pero no sólo se manifiesta la importancia de la regulación de los trabajadores especialmente sensibles durante y tras la crisis económica, sino que es con la crisis derivada del Covid19, con la que empieza a utilizarse el término también a nivel sanitario. Y aunque no es exactamente lo mismo, bien es cierto que cuando se habla de colectivos vulnerables al covid19 dentro del ámbito laboral, en realidad lo que se está haciendo es aplicar el art. 25 LPRL, buscando las fórmulas más adecuadas de ajustes de los puestos de trabajo para que los trabajadores vulnerables (sea por edad, por embarazo, o por diversas enfermedades) no se contagien del virus en sus lugares de trabajo.

Veamos a continuación, qué son trabajadores especialmente sensibles (TES), poniendo especial énfasis en las obligaciones de la empresa para tutelar a estos trabajadores, de acuerdo con el mandato de la LPRL.

---

<sup>1</sup> González Ortega, S., “La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución”, *Revista de Política social*, núm. 121, 1979, pp. 199-226; González Ortega, S., “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, *Revista de política social*, núm. 127, 1980; González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laboral*, Madrid, Trotta, 1996. González Ortega, S., “Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Madrid, La Ley, 2006.

## 2. LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: EL CONCEPTO DE TRABAJADOR ESPECIALMENTE SENSIBLE Y SUS ELEMENTOS CONFIGURADORES

El art. 25 de la LPRL supone la trasposición del art. 15 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que lleva por título “Grupos Expuestos a Riesgos” y que simplemente recoge que: “Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”. Como puede observarse de una simple lectura, nuestro art. 25, con todos sus problemas jurídicos y dudas interpretativas, ha supuesto una protección de mayor alcance que el escueto y parco precepto de la Directiva. Mientras que esta solo hace referencia, genérica, por cierto, a “grupos”, nuestra LPRL titula el precepto como la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, de forma que nuestro legislador ha querido proteger a trabajadores individualmente considerados, y no solo a aquellos que pertenecieran a un grupo o colectivo. Pero no sólo esto. El precepto nacional va más allá, y recoge algunas obligaciones para la empresa como la de tener en cuenta las circunstancias personales de los trabajadores en las evaluaciones de riesgos, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias, y la prohibición de emplear a estos trabajadores en puestos que puedan poner en situación de peligro tanto a ellos mismos como a terceras personas. Veamos a continuación, quienes son, o pueden ser, por tanto, trabajadores especialmente sensibles.

Será trabajador especialmente sensible en el sentido del art. 25.1 LPRL cualquier trabajador cuyas características personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial, que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos del trabajo; riesgos profesionales que aparecen como consecuencia de esos condicionantes personales, o que siendo los riesgos que afectan a cualquier trabajador, en el caso de éstos, se agravan como consecuencia de las particularidades que les caracterizan, y para los que el legislador ha previsto una tutela reforzada elevando el estándar de prevención establecido por la LPRL<sup>2</sup>. Varios son los elementos que se pueden derivar de esta definición. El primero, el carácter individual de la condición de especialmente sensible. No es necesaria la pertenencia a un colectivo para que se tenga de dispensar la protección del art. 25 LPRL. El segundo, la coexistencia del factor subjetivo y objetivo, aunque con el predominio del subjetivo. Lo que busca el precepto es la protección de los trabajadores a los que potencialmente les afectan más los riesgos del trabajo, como consecuencia de sus propias características personales. Ello no implica que el trabajo no influya en la determinación de la tutela que se debe dar al trabajador, por lo que será también necesaria la existencia del factor objetivo. El tercer elemento es la existencia de un condicionante físico, psíquico o sensorial, y la existencia de un riesgo potencial que puede materializarse ante estos condicionantes. Por último, encontramos el elemento de la tutela reforzada que ofrece el precepto<sup>3</sup>. Y es que,

<sup>2</sup> Moreno Solana, A., La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles, Valencia, Tirant lo blanch, 2010, pp. 29-58.

<sup>3</sup> Palomo Balda, E., “Grupos especiales de riesgo”, en Aramendi Sánchez, P., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Dykinson, Madrid, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006; García-Perrote, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en Casas Baamonde, M. E., *Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997; González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Trotta, Madrid, 1996. López Ahumada, J. E., *Los trabajadores sensibles a los*

como veremos, se trata de un reforzamiento de la genérica obligación de adaptación del trabajo al trabajador.

Atendiendo a la literalidad del art. 25.1 LPRL, la norma distingue entre, por un lado, TES por sus propias características personales, entendiéndose por tal, por ejemplo, cualquier tipo de desorden psicológico, como fobia a las alturas que impide subir a un andamio; la menor resistencia a determinadas concentraciones de vapor de determinados compuestos químicos; la alteración del sentido del oído que no permita la exposición a ruidos continuos de intensidad superior a 80 decibelios; la disminución de la agudeza visual en condiciones lumínicas normales para otros trabajadores, etc. Por otro, TES por su estado biológico, como por ejemplo una situación de alergia o alguna enfermedad como asma, que impide realizar esfuerzos físicos, o diabetes, que impide realizar trabajos nocturnos, y por supuesto, el estado de embarazo y la situación de lactancia. Y, por último, podrán ser TES aquellos que tengan reconocida una discapacidad física, psíquica o sensorial, entendiéndose por tal, la que sea calificada en alguno de los grados de discapacidad reconocida como tal en la normativa<sup>4</sup>.

Es importante tener en cuenta, que el concepto de TES es un concepto amplio en que se deben incluir distintos tipos de situaciones. TES puede ser aquel trabajador cuyos riesgos en el trabajo le afectan de una manera especial porque tiene una discapacidad o incapacidad<sup>5</sup>, o cualquier enfermedad para desarrollar su trabajo o algunas funciones del mismo; pero también será TES, aquel que se encuentre con algunas limitaciones (no reconocidas ni por la vía de la discapacidad, ni de la incapacidad) en el desempeño de su trabajo y que ello suponga que los riesgos en ese trabajo le afectan de manera de especial. Es por ello, que en este concepto podemos incluir, por un lado, a los trabajadores con una discapacidad reconocida, que irán por la vía de la pertenencia al colectivo de trabajadores especialmente sensibles por su discapacidad; por otro, a los que tienen algún tipo de limitación que les hace más vulnerables a los riesgos en el trabajo, aunque esta limitación no esté reconocida como tal; y por último a los que se les ha reconocido una incapacidad permanente parcial<sup>6</sup>, ya que éstos deberán pasar por una valoración médica de los

*riesgos laborales*, Marcial Pons, Madrid, 2010; Goñi Sein, J. L. y Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Navarra, 2016.

<sup>4</sup> 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; y RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

<sup>5</sup> Incapacidad referida sólo al grado de permanente parcial, porque la incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez dan lugar a la extinción del contrato automática por vía del art. 49.1 e) ET, salvo que la declaración de incapacidad conlleve una valoración de previsible mejoría que permita su recuperación, en cuyo caso, no procederá la extinción del contrato, sino la suspensión del contrato durante dos años.

<sup>6</sup> La incapacidad permanente parcial queda regulada en el RD 1451/1983, de 4 de junio por el que se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento de empleo de las personas con discapacidad. A este respecto, en su art. 1.1 establece que “*si la IPP no afecta el rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo. En el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el rendimiento, deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa*”. Si bien es cierto que puede decirse que se trata de una regulación que tiene como objetivo el mantenimiento del empleo condicionado al rendimiento del trabajador en la empresa., no es menos cierto que la consecuencia de tal regulación provocará una protección de la seguridad del trabajador. Por tanto, aunque las medidas de adaptación y cambio de puesto son obligaciones del empresario que vienen dadas por razones de fomento de empleo, al final, indirectamente se consigue tutelar la salud del trabajador, y lo que es más importante, no permite extinguir el contrato de trabajo por razones de ineptitud del trabajador. Sobre esta cuestión resulta muy interesante el artículo de Solá Monells, X., “*La extinción de la relación laboral por pérdida de la capacidad sobrevenida de menor entidad*”, en Pérez Amorós, F., *La extinción del contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 371-383, que viene a recoger que el art. 1 del RD 1451/1983, debe interpretarse a la luz del art. 25 LPRL por razones de modernidad, amplitud material y fundamento. A la misma conclusión llegan los autores Cabeza Pereiro, J., y Lousada Arochena, J. F., *Comentarios a la Ley de prevención de*

servicios de prevención (art. 37.3 RSP) y por una evaluación de riesgos (art. 4.2c) RSP), que valore la situación en la que se van a encontrar en su puesto de trabajo, teniendo en cuenta, además, que se trata de trabajadores a los que se les ha declarado una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para la profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma<sup>7</sup>.

No obstante, hay que tener en cuenta que en todos estos supuestos, el trabajador, pese a su discapacidad reconocida, incapacidad permanente parcial o su limitación, pueda ser declarado como apto para su trabajo y que no tenga la condición de especialmente sensible, simplemente porque una vez analizadas sus circunstancias personales en conexión con los riesgos de su puesto de trabajo, se llegue a la conclusión de que estos no le afectan especialmente, sino que los riesgos y las características de ese puesto afectan en la misma medida a ese trabajador y a un trabajador que no tenga esas circunstancias personales. En estos supuestos, aunque no sean los más habituales, el trabajador será declarado como apto por el servicio de prevención y, además, no habrá que adoptar ninguna medida de prevención especial.

Dentro del concepto de trabajador especialmente sensible la LPRL ha querido también proteger a tres colectivos de personas trabajadoras de manera especial. Por un lado, a las personas que tengan reconocida una discapacidad. Por otro lado, a las mujeres trabajadoras en su condición biológica, bien sea de embarazo, bien sea de lactancia. Y, por último, a las personas trabajadoras menores de edad.

### 3. LA ADAPTACIÓN REFORZADA DEL TRABAJO A LA PERSONA

Además de poder identificar quienes son trabajadores especialmente sensibles, el art. 25 LPRL ha querido protegerles de manera especial, bien sea adoptando las medidas preventivas necesarias, bien sea prohibiendo la ocupación en puestos incompatibles con el estado de salud o las características personales de la persona trabajadora. En realidad, se trata de una manifestación del genérico principio y deber de adaptación del trabajo al trabajador recogido en el art. 15.1 d) LPRL<sup>8</sup>. El problema radica en interpretar cuales son las medidas que las empresas están obligadas a tomar para proteger a estos trabajadores.

Es en este punto donde debemos traer a colación el concepto de ajuste razonable para entender que la evaluación específica, la adaptación de las condiciones y el cambio de puesto y funciones son medidas de ajuste razonable encuadrables en la aplicación efectiva de este precepto. El concepto de ajuste razonable tiene su origen en la jurisprudencia canadiense y norteamericana. Concretamente el Informe Bouchard-Taylor sobre el Quebec lleva por título “Fonder L’avenir. Le temps de la conciliation, Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles. Quebec, 2008”, definía el término de acomodamiento razonable como “*el deber que, en*

*Riesgos Laborales*, Comares, Granada, 1997, p. 147, que establecen, por una parte, que la valoración de la incidencia de la IPP sobre el rendimiento normal del trabajador debe efectuarse una vez se haya adaptado el trabajo a la persona del trabajador; y de otra, que la determinación de la imposibilidad de reincorporación al mismo puesto de trabajo de los sujetos declarados en IPP debe entenderse no como una imposibilidad organizativa sino como una imposibilidad física, psíquica o sensorial.

<sup>7</sup> Aunque la IPP no se define teniendo en cuenta el riesgo, sino que se analiza teniendo en cuenta las limitaciones del trabajador referida a la profesión habitual, cuando hay que valorar dentro de la concreta empresa la capacidad de este trabajador, lo que se tendrá que analizar son las dolencias del mismo en relación con los riesgos del concreto puesto de trabajo que éste ocupaba, ya que esto será lo que determinará la necesidad de adaptación del puesto o la reubicación del mismo.

<sup>8</sup> González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J., Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laboral, Madrid, Trotta, 1996, pp. 168.



*virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organización públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación tomando distintas medidas de armonización y aplicación de ciertas leyes y de ciertos reglamentos”.*

Por lo que se refiere a nuestro ámbito jurídico, cierto es que se trata de un concepto usado y aplicado en el terreno de las personas con discapacidad, pero también es cierto, que las personas trabajadoras con discapacidad, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, están incluidas en el concepto de TES, y que, el propio concepto de persona con discapacidad, desde el punto de vista laboral, tiende a ampliarse no sólo a los que sean declarados como tal, sino también a otros trabajadores con enfermedades o limitaciones de capacidad que exijan acomodación de las condiciones de trabajo.

El ajuste razonable deberá ser una medida que contribuya a adaptar el puesto de trabajo. Así pues, resultarían adecuadas medidas que son simples ajustes técnicos, cambios de equipos de trabajo o maquinarias, variaciones de horarios o de jornadas, cambio de funciones, cambio o eliminación de turnos o reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo. En este sentido hay que recordar la STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-227/11, Caso Ring y Werger) en la que se determina que se podría exigir a la empresa la reducción de la jornada de trabajo en un supuesto acreditado de enfermedad crónica, y por tanto, que será la empresa la que determinará la medida adaptativa más idónea en cada caso, aunque siempre dentro de los márgenes que marcan los expertos: médicos especialistas, médicos del trabajo y técnicos del servicio de prevención.

En todo caso, la realización de ajustes razonables es una obligación que se someterá a las circunstancias de la empresa. El Informe Bouchard-Taylor del que antes hablamos, ya estableció que este derecho a la realización de ajustes razonables no es absoluto por lo que se establecen unos criterios para rechazar las demandas de ajustes o acomodamientos que no sean razonables, ni proporcionados por motivos funcionales, que impliquen una carga excesiva para el empleador. Por lo que se refiere a los límites funcionales, estos los concreta en tres tipos: primero, los costes del acomodamiento, es decir, si se ocasionaran costes excesivos, para lo que se tendrá en cuenta la coyuntura económica, el presupuesto de la empresa, o los límites de los recursos financieros; segundo, la trabas a la explotación de la empresa, es decir, si se restringe excesivamente los fines de la empresa, de forma que supusieran gastos desproporcionados o excesivos, o si se dificulta gravemente su funcionamiento, por ejemplo, porque suponga una desorganización funcional de la empresa o departamento. Para todo ello se tendrá en cuenta la duración de la medida, la posible adaptación de los espacios o de los equipos de trabajo; y tercero, los derechos de los otros empleados, tanto porque suponga un riesgo para la seguridad y salud de esos otros trabajadores, como porque suponga un conflicto de derechos entre ellos.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, a continuación, vamos a ver las medidas de ajuste razonable que se derivan de una interpretación amplia y preventiva del art. 25 LPRL.

### **3.1. La evaluación de riesgos específica y la adaptación de las condiciones de trabajo**

La evaluación de riesgos laborales se configura como la primera de las medidas a tomar y de la que parten el resto de posibles medidas preventivas, ya que, en función de los resultados que allí se establezcan (en conexión, no hay que olvidar, con la vigilancia de la salud), se habrán de tomar el resto de las medidas que legal o convencionalmente se puedan recoger. Se trata de una evaluación de riesgos de carácter específico para el concreto posible trabajador especialmente sensible, que determinará: a) la existencia de

los riesgos en el puesto de trabajo en conexión con sus circunstancias personales, y b) las medias preventivas que se podrían tomar para realizar el trabajo en condiciones seguras. Se trata de una evaluación de riesgos específica por cuanto así se ha establecido en el art. 4.2 c) y el art. 37.3 del RSP.

Respecto a la adaptación del puesto de trabajo y la adaptación de las condiciones de trabajo, la ley no distingue entre una y otra, pero la primera está más pensada para el ajuste físico y ergonómico del puesto de trabajo en sí, mientras que la adaptación de las condiciones de trabajo se refiere a las modificaciones del horario de trabajo, de descansos, de turnos, la eliminación de algunas funciones, que son las que conllevan riesgos, etc.<sup>9</sup>. Puede resultar habitual que el proceso de adaptación pase, bien por eliminar la turnicidad o la nocturnidad<sup>10</sup>, o bien por exonerar al trabajador de la realización de determinadas tareas<sup>11</sup>.

### 3.2. El cambio de puesto de trabajo

Si la adaptación no fuese posible, o no fuese suficiente para evitar los riesgos que sobre el trabajador especialmente sensible pueden suscitarse, el cambio de puesto de trabajo se entendería como la siguiente medida preventiva a tomar. Ahora bien, esta medida, no está contemplada expresamente en la norma, por lo que la doctrina tiene opiniones diversas al respecto<sup>12</sup>, a salvo de que así quede regulado en el Convenio Colectivo de aplicación, donde entonces no podrá haber dudas<sup>13</sup>. No obstante, nosotros nos inclinamos

<sup>9</sup> Carrero Domínguez, C., “La obligación del empresario de adaptación del puesto de trabajo”, *Aranzadi social*, núm. 7, 2013 (versión electrónica).

<sup>10</sup> STSJ de Asturias de 29 de junio de 2017 (R<sup>o</sup>. 1322/2017), en la que se reconoce el derecho a la recolocación de trabajador con facultades físicas disminuidas, por la imposibilidad de prestar trabajo en el turno de noche debido a la epilepsia de Morfeo que padece.

<sup>11</sup> STSJ de Galicia de 8 de julio de 2011 (R<sup>o</sup>. 24/2008), que establece adecuada la prohibición del trabajo nocturno a una trabajadora con diabetes; o la STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2007 (R<sup>o</sup>. 5364/2006).

<sup>12</sup> Hay quienes entienden que el cambio de puesto no es una obligación del empresario sin más derivada del art. 25 LPRL: Matorras Díaz-Caneja, A. y López Álvarez M<sup>a</sup> José, “Trabajadores Especialmente Sensibles: Concepto y obligaciones empresariales en materia preventiva”, *Informe publicado por CEOE y Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales*, 2016, en línea: [http://contenidos.ceoe.es/PRL/var/pool/pdf/cms\\_content\\_documents-file-913-estudio-trabajadores-especialmente-sensibles-concepto-y-obligaciones-empresariales-en-materia-preventiva.pdf](http://contenidos.ceoe.es/PRL/var/pool/pdf/cms_content_documents-file-913-estudio-trabajadores-especialmente-sensibles-concepto-y-obligaciones-empresariales-en-materia-preventiva.pdf); Ruiz Castillo, M<sup>a</sup>. MAR., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Granada, 2010, pp. 136. En este caso la autora no es que esté en contra de la medida del cambio de puesto pero se plantea lo problemas de una falta de regulación expresa de las medidas de adaptación de cambio de puesto sobre los TES como trabajadores discapacitados. Igualmente hace Agustí Juliá, J., “Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo. La protección en las relaciones de trabajo temporales o de duración determinado y en las empresas de trabajo temporal”, en Agustí Juliá, J. (dir.), *Estudio de la Prevención de Riesgos Laborales*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, pp. 162-163. Por el contrario, otra parte de la doctrina, mayoritaria, aboga por hacer una interpretación integradora con los principios inspiradores de la LPRL, entendiendo el cambio de puesto de trabajo como una medida preventiva derivada del art. 25 LPRL. Palomo Balda, E., “Grupos especiales de riesgo” ..., op. cit., pp. 304-305; García-Perrote, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos” ..., op. cit., pp. 40-41. González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, ..., op. cit., pp. 57-62; Goñi Sein, J. L. y Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *Adaptación y reubicación laboral del trabajador...* op. cit, pp. 211-214; Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 2010, pp. 11 y ss. (versión electrónica). También encontramos alguna Sentencia que se manifiesta en contra del cambio de puesto de trabajo cuando no viene regulado como tal en alguna norma por la que expresamente se obligue al empresario: STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2012 (R<sup>o</sup>. 6891/2011); STSJ de Asturias de 15 de marzo de 2016 (R<sup>o</sup>. 40/2016): “la empresa no está obligada a recolocar al demandante en otro puesto de trabajo de su categoría profesional, debiendo indicarse al respecto que no es exigible a la empresa la reubicación de la actora en un puesto de trabajo distinto dentro su grupo profesional o de otro grupo ya que no existe norma alguna que establezca dicha obligación y tampoco consta que exista vacante de dichos puestos en el centro de trabajo en que presta servicios el actor. En definitiva, el recurrente no está capacitado para el desempeño de sus quehaceres habituales y ello legítima a la empresa para extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida”.

<sup>13</sup> Goñi Sein, J.L. y Rodríguez Sanz De Galdeano, B., “La regulación convencional en materia de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de trabajadores con limitaciones psicofísicas”, *Información Laboral*, núm. 12, 2015, pp. 207-215.

por entender que se trata de una medida necesaria para que se cumpla con el objetivo pretendido por el art. 25 LPRL, y con los principios inspiradores de la LPRL, y así puede deducirse de las interpretaciones realizadas por algunos de nuestros Tribunales<sup>14</sup>. Pero no sólo esto, el propio precepto, aunque no regula expresamente del cambio de puesto, sí que establece la prohibición de emplear a los trabajadores en los puestos de trabajo donde puedan ponerse en situación de peligro a causa de sus características personales. Por tanto, existe una prohibición de ocupación de estos trabajadores en puestos incompatibles con sus circunstancias. Esta prohibición de empleo, además, y como veremos en el siguiente apartado, no da lugar automáticamente a la extinción del contrato de trabajo, sino que tiene por finalidad que el empresario busque y tome las medidas necesarias para que el TES no continúe realizando el trabajo en las condiciones que venía prestando, por lo que, lógicamente, una de las medidas más adecuadas debe ser, necesariamente la reubicación del trabajador. Pero además, no debemos olvidar que la RD-Legislativo 5/2000 de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) establece en su art. 12.7 que el empresario cometerá una infracción grave cuando adscriba a los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente (cuando hay riesgo grave e inminente: art. 13.4 LISOS).

### 3.3. La extinción del contrato de trabajo como medida preventiva

El art. 25.1 LPRL no se pronuncia sobre las medidas laborales de protección en caso de no poder adaptar el puesto de trabajo, no poder llevar a cabo una reubicación del trabajador, o de no existir puestos susceptibles de ser ocupados por trabajadores especialmente sensibles. Por lo tanto, si la circunstancia personal es previsiblemente definitiva o de larga duración, más allá de que pueda solventarse con una situación incapacitante del trabajador de forma temporal (IT), la solución que cabe en estos casos es la rescisión por ineptitud sobrevenida del trabajador acudiendo, bien a la extinción del contrato del art. 49.1e) ET, cuando el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total o absoluta, o bien, al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del art. 52 a) ET en el resto de los casos. En relación con el despido objetivo por ineptitud sobrevenida desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, conviene subrayar

<sup>14</sup> STSJ de Castilla la Mancha de 21 de marzo de 2002 (R.º.240/2011); STSJ de Cantabria de 27 de julio de 2006 (R.º. 595/2006); STSJ de Valencia de 16 mayo de 2008 (R.º. 3111/2007); STSJ de Navarra de 22 de enero de 2010 (R.º. 241/2009). En estas sentencias se establece que: *“(…) debe deducirse que los preceptos alegados imponen al empresario la obligación disyuntiva de adecuar las condiciones de trabajo a la capacidad del trabajador “especialmente sensible a determinados riesgos” o bien proveer un cambio de puesto de trabajo (cuando ello sea posible). De este modo y para efectuar dicha adecuación, deberán ponerse en relación las características particulares del puesto de trabajo (evaluación de riesgos) con las condiciones de salud o limitaciones del trabajador (evaluación médica del Servicio de Prevención de la empresa)”*. STSJ de País Vasco de 23 de febrero de 2010 (R.º. 2898/2009) que establece respecto del art. 25 LPRL que: *“aunque dicho precepto no reconoce expresamente el derecho del trabajador al cambio de funciones o de puesto de trabajo en los supuestos de disminución sobrevenida de la capacidad física, psíquica o sensorial, cuando menos hay que entender que del mismo deriva un derecho preferente del afectado a ocupar los puestos vacantes adecuados a su capacidad residual, de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa, pues tal derecho es consecuencia obligada de la opción legal por el mantenimiento del empleo del trabajador discapacitado mediante la adopción de las medidas que sean precisas”*. Y sobre todo la jurisprudencia que declara improcedente el despido objetivo por ineptitud sobrevenida cuando no se ha demostrado la imposibilidad de adaptar el puesto o cambiar al trabajador a otro puesto compatible. STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2008 (R.º. 282/2008); STSJ de Madrid de 9 de enero de 2014 (R.º. 1579/2013).

que se trata de un supuesto excepcional y atípico, que se puede aplicar una vez demostrada la imposibilidad de aplicar medidas preventivas que permitan el mantenimiento del empleo en condiciones de seguridad. La cuestión es saber cuándo este despido objetivo es una solución procedente. Es decir, cuándo el despido por ineptitud sobrevenida se configura como una medida de prevención de riesgos laborales en sí misma.

A este respecto, conviene primero saber cuándo procede llevar a cabo el despido por ineptitud sobrevenida<sup>15</sup> regulado en el art. 52.a) ET. Es imprescindible para ello, acudir al concepto y requisitos que la jurisprudencia ha establecido al respecto. El concepto de ineptitud se refiere a “*una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo -rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.*”. Además, para que la ineptitud pueda ser causa de extinción del contrato de trabajo debe cumplir una serie de requisitos: ha de ser verdadera y no disimulada<sup>16</sup>; ha de ser general, es decir, referida al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos<sup>17</sup>; ha de ser de cierto grado, esto es, ha de determinar una aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión<sup>18</sup>; ha de estar referida al trabajador y no debida a los medios materiales o el medio de trabajo; ha de ser permanente y no meramente circunstancial<sup>19</sup>; y además, debe afectar a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos. Además, algunos de nuestros Tribunales ha venido considerando que es necesario tener en cuenta la incidencia de los mandatos de la LPRL, que necesariamente van a modular la aplicación del art. 52.a) del ET. Es por ello que el despido por ineptitud sobrevenida, cuando la causa es la alteración de la salud del trabajador y los riesgos del puesto de trabajo son incompatibles con esa alteración, necesita de la justificación de la imposibilidad de cumplimiento del empresario de las medidas preventivas de adaptación y/o reubicación del puesto de trabajo. Es por esta razón, que este tipo de despido objetivo se convierte en una medida de prevención extrema, amparada, al fin y al cabo, en el derecho a la seguridad y salud del trabajador y en el derecho a la vida y la integridad física del mismo, con el objetivo de dar cumplimiento al deber del empresario de proteger la salud<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Sobre el concepto de ineptitud es imprescindible acudir a la doctrina que ha tratado el tema. GOÑI SEIN, J.L., “La ineptitud del trabajador como causa del despido”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 11, 1982, pp. 418 que nos viene a decir que esta causa de despido se convierte en un cajón de sastre que puede dar cabida a situaciones muy diversas, entre las que hipotéticamente también podrían incluirse las pérdidas de capacidad sobrevenidas de menor entidad. También es imprescindible acudir al trabajo de Sagardoy Bengoechea, J.A., “Ineptitud, despido y desempleo”, *Revista de Política Social*, núm. 89, 1971, p. 15, donde define la ineptitud como la inhabilidad, falta de aptitud o de capacidad, nata o sobrevenida, para el desarrollo de una actividad profesional. Y, por supuesto, al trabajo del Profesor González Ortega, S., “La ineptitud como causa de despido...”, op. cit. pp. 205: “*La ineptitud es un concepto negativo que se define por constituir ausencia, carencia, falta de adecuación de algo o alguien a un fin concreto. Referida al trabajador, la ineptitud no puede ser otra cosa que la falta de adecuación de éste al trabajo para el que se le contrata*”.

<sup>16</sup> STSJ de Asturias de 2 de mayo de 2014 (R<sup>o</sup>. 833/2014).

<sup>17</sup> STSJ de Castilla la Mancha de 19 de enero de 2012 (R<sup>o</sup>. 1366/2011); STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2012 (R<sup>o</sup>. 5329/2011). González Ortega, S., “La ineptitud como causa de despido...”, op. cit., pp. 214: “*Es necesario que la ineptitud quede referida al conjunto, o por lo menos a la principal, de las tareas encomendadas*”.

<sup>18</sup> La prestación laboral ha de resultar medianamente satisfactoria y cubrir las expectativas asociadas al puesto. Por ello, la prevención de riesgos no puede ser usada por las empresas, por ejemplo, en un proceso de selección cuando no exista un vínculo entre la patología y el riesgo laboral, que es precisamente lo que caracteriza la existencia de los TES y por tanto, lo que permite aplicar las medidas y las distintas consideraciones que venimos haciendo al respecto. STSJ de Madrid de 16 de junio de 2015 (R<sup>o</sup>. 43/2015)

<sup>19</sup> STSJ de Castilla la Mancha de 18 de febrero de 2016 (R<sup>o</sup>. 1680/2015).

<sup>20</sup> STS de 12 de junio de 2013 (R<sup>o</sup>. 793/2012)

Para proceder al despido objetivo por ineptitud sobrevenida cuando éste se fundamenta en un problema de salud laboral, atiende a las calificaciones de aptitud que lleva a cabo el servicio de prevención de riesgos laborales a través de los reconocimientos médicos que se hacen en el marco de la vigilancia de la salud. La calificación de “apto”, supone que no hay elementos del trabajo que perjudiquen a la salud del trabajador, por lo que, aunque éste tenga alguna patología o discapacidad, sin embargo, puede desarrollar su trabajo sin ningún problema. En este caso, no se podría fundamentar de ninguna forma el despido objetivo por ineptitud sobrevenida. La calificación de “apto con restricciones”, implica que hay elementos en el trabajo que en conexión con la patología o discapacidad del trabajador, podrían llegar a causar daños para la salud del mismo. En estos casos, el trabajador tendría ciertas limitaciones para desarrollar las tareas de su puesto de trabajo<sup>21</sup>. Por su parte, la calificación del trabajador como “no apto” implica que el trabajador no puede seguir en su puesto de trabajo, por cuanto los riesgos del mismo son incompatibles con sus limitaciones, patologías o discapacidad. En este caso, podría pensarse que tal calificación resulta adecuada para justificar el despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia ha considerado, por un lado, que la declaración de no apto o de apto con restricciones, por el servicio de prevención, no es suficiente para declarar el despido como procedente, *por lo que se revela insuficiente el diagnóstico de la entidad aseguradora de tal forma que la declaración de no apto de un trabajador efectuada por un servicio de prevención como consecuencia de la revisión médica, no es causa automática para que opere el art. 52 a) ET*<sup>22</sup>. Por tanto, no toda merma en la capacidad del trabajador permite la extinción del contrato, sino solo la que alcanza una relevancia suficiente que afecte al conjunto del trabajo y no sólo a algunos aspectos, siempre que sea de cierta entidad o grado en relación con las concretas funciones del puesto de trabajo. A lo que hay que añadir que la declaración de no apto llevada a cabo por la vigilancia de la salud no implica necesariamente la procedencia automática de la medida extintiva<sup>23</sup>. En este sentido, debemos traer a colación la más reciente STS de 23 de febrero de 2022 (R°. 3259/2020) que viene a concluir que *“la obligación de los servicios de prevención ajenos de trasladar al empresario sus conclusiones sobre los reconocimientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores, referidos en el art. 22.1 LPRL, relacionados con la aptitud del trabajador, tiene por finalidad fundamental asegurar que el empresario tome las medidas precisas para evitar cualquier riesgo del trabajador afectado, pero no permite concluir sin más que, un informe, expedido por el servicio de prevención ajeno, a solicitud unilateral del empresario, (...), constituya por sí solo un medio de prueba imbatible para acreditar la ineptitud sobrevenida para el trabajo del trabajador afectado, que justifique, sin más pruebas, la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida”*. Además de que el no apto no implica la automaticidad del despido objetivo, algunos de nuestros Tribunales también han venido entendiendo que se debe demostrar la imposibilidad de realizar adaptaciones del puesto a las limitaciones del trabajador. En este sentido encontramos, entre otras<sup>24</sup>, la STSJ de Madrid de 18 de abril de 2016 (R°. 90/2016) que hace una interpretación sistemática e integradora para el correcto ejercicio de la facultad resolutoria empresarial basada en la ineptitud sobrevenida. Así pues, considera el Tribunal que la empresa ha de demostrar

<sup>21</sup> STSJ de Valencia de 15 de mayo de 2013 (R°. 738/2013)

<sup>22</sup> STSJ de Castilla y León de 5 de octubre de 2015 (R°. 599/2015); STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2014 (R°. 1460/2014); STSJ de Andalucía de 20 de diciembre de 2012 (R°. 751/2012)

<sup>23</sup> STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2014 (R°. 2041/2014)

<sup>24</sup> Lo mismo ocurre en el caso de la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2017 (R°. 1300/2017)

no solamente la concurrencia de la ineptitud con los requisitos antes mencionados, sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador.

La consecuencia habitual de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, cuando se fundamenta en cuestiones de salud del trabajador, y cuando no se cumplen los requisitos que jurisprudencialmente se han establecido, conlleva la declaración de improcedencia del mismo, por lo que el empresario tendrá la opción de readmitir al trabajador o abonarle la indemnización correspondiente a esta calificación. Sin embargo, la evolución del concepto de discapacidad tras la jurisprudencia del TJUE<sup>25</sup> podrían llevarnos a plantear, si la calificación de este despido, en algunos supuestos, podría llegar a ser la de la nulidad<sup>26</sup>. Y no se trata sólo de una posibilidad, sino que ya encontramos algunas resoluciones judiciales, en los que precisamente se llega a esta conclusión<sup>27</sup>. Siendo esto así, podríamos concluir que las limitaciones de los TES, usadas para justificar el despido objetivo, sin aplicar las medidas de ajuste razonable, podrían llevar a la declaración de nulidad de este tipo de despidos. Las exigencias de adaptación o de realización de ajustes razonables, unido a esa evolución del concepto de discapacidad empieza a encontrar un espacio importante dentro de nuestro espacio judicial, de forma que la denegación de esos ajustes, podrían suponer una forma de discriminación y de vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (o enfermedad), entendida esta en su sentido más amplio, según los correctos criterios que van llegando desde Europa.

---

<sup>25</sup> STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-227/11) Casos Ring y Werge; STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13) Caso Kaltof; STJUE de 1 de diciembre de 2016 (C-395/15) Caso Daouidi; STJUE de 18 de enero de 2018 (C-270/2016), Asunto Ruiz Conejero: Jurisprudencia que ha venido a equiparar en ciertas circunstancias el concepto de enfermedad con el de discapacidad: “*si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78*”.

<sup>26</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18) Asunto Nobel Plastiques Ibérica S.A. que viene a establecer que el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de TES a los riesgos derivados del trabajo conforme al Derecho nacional no significa, de por sí, que esa persona tenga una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. No se trata de definiciones idénticas que contengan los mismos requisitos. Ahora bien, insta al juez nacional a que compruebe si el estado de salud de la persona trabajadora implica una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Lo que, sin duda, equipararía ambos conceptos pudiendo llegar a la conclusión de que un despido de un trabajador considerado especialmente sensible, cuando le sea aplicable la definición de persona con discapacidad en el sentido de la Directiva, fuera finalmente nulo. Por tanto, teniendo en cuenta esta novedosa definición de creación jurisprudencial, los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el puesto de trabajo pudieran estar, en algunos casos, perfectamente encuadrados en la misma, pudiendo llegar a la conclusión de que un despido de un TES fuera nulo.

<sup>27</sup> STSJ de Madrid 21 de diciembre de 1999 (R.º 4095/1999); STSJ de Valencia de 8 de mayo de 2014 (R.º 778/2014); STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2015 (R.º 7053/2014); TSJ de Galicia, de 18 de enero de 2019, (Rec. Supl. 3586/2018): Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2016 (R.º 197/2016), llega a la conclusión de que la enfermedad no puede considerarse con carácter general como causa o motivo de discriminación porque no opera como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Así pues, el Tribunal en esta ocasión considera que la enfermedad que tiene el trabajador en la rodilla no es una discapacidad, aunque la misma le impide realizar algunas de las tareas de su puesto de trabajo, pero no la principal; por lo que entiende que se trata de un despido improcedente, porque no se cumple con los requisitos del art. 52 a) ET ni con los requisitos del art. 25.1 LPRL, pero no un despido nulo.



# **BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN**

CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Departamento de Derecho Social e Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. ALCANCE DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL
3. EL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DEL TRABAJADOR COMO ANCLAJE DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL
4. A MODO DE CONCLUSIÓN



## 1. INTRODUCCIÓN

Estas páginas pretenden analizar, brevemente, la evolución general que el derecho a la Seguridad y Salud Laboral (“SSL”) ha sufrido desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978.

Para ello, partiremos de una premisa ineludible y que está directamente enlazada con el objetivo de este trabajo, que es ser un homenaje al Profesor Santiago González Ortega. La premisa no es otra que utilizar algunas de las ideas que el homenajeado ya expuso en un trabajo, sin duda pionero por las fechas en que se publicó (prácticamente, al inicio de la vigencia de la CE) y por la exposición de problemas reales que, sobre esta materia, se iban a producir en el futuro y que siguen estando de actualidad<sup>1</sup>.

Pues bien, en el marco de esas inquietudes, uno de los problemas que, básicamente, han preocupado a los laboristas dedicados a la SSL, ha sido su correcto encaje constitucional y, por ende, si nos encontramos ante un derecho subjetivo constitucional y qué protección tiene. No se puede olvidar, aunque es conocido por todos, que el art. 40.2 no es más que un mandato al Estado para que asegure un lugar libre de riesgos a los trabajadores, pero no está reconocido, ni por su ubicación sistemática, ni por su contenido, dentro de los Derechos fundamentales o de las Libertades Públicas (dado que constituye un “principio rector” de la política económica). Esto hace que se tenga que construir una cadena que, partiendo del art. 40.2, pueda enlazarse con otros derechos, los derechos fundamentales, para poder llegar (eventualmente) a la conclusión que es un derecho de los trabajadores, con protección constitucional. Todo ello sin desconocer la existencia de otros derechos, más dirigidos a la protección de la empresa como son el 33 y el 38 CE y que aparecen en el texto constitucional con un nivel más alto de protección, al tratarse de “derechos constitucionales simples”, y no de principios rectores. Se podría decir que esta problemática ha sido más debatida y resuelta por la doctrina que por el propio TC.

La reflexión sobre el alcance y contenido de los derechos implicados y relacionados con el 40.2 CE es necesaria e imprescindible, por cuanto nos encontramos con derechos dinámicos, es decir, que pueden variar en el contenido. Sobre todo, si a lo que nos referimos es a la SSL, donde los riesgos y sus factores, así como las medidas de protección son muy cambiantes dado que les afectan de manera permanente los avances de la ciencia y de la tecnología. Esto nos lleva a plantearnos si los instrumentos de adecuación y tutela constitucional de este interés general o público que es la SSL son suficientes o se necesita de transformaciones para su mantenimiento o interpretación.

Finalmente, otra de las cuestiones por analizar es la de la normativa que se ha ido aprobando durante las últimas décadas, muchas veces a remolque de los impulsos de las directivas de la UE. En esta parte, se valorará la configuración que del derecho a la seguridad y salud laboral ha hecho la legislación ordinaria y se comprobará si los aspectos regulados se han convertido a la SSL en un verdadero derecho subjetivo, o si, por el contrario, continuamos abocados a depender de otros derechos fundamentales conexos, para poder subir el peldaño que aparentemente falta en el aseguramiento de la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

---

<sup>1</sup> Nos referimos a su importante contribución: González Ortega, S. “*La Seguridad e Higiene en el Trabajo en la Constitución*”. Revista de Política Social, nº. 121/1979, pp. 199-226

## 2. ALCANCE DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

La CE de 1978 encomienda a “los poderes públicos”, el deber positivo de “velar por la seguridad e Higiene en el trabajo”, en su art. 40.2. Es una norma que, sistemáticamente, ubica a la SSL entre los principios rectores de la política social y económica. No obstante, en la SSL confluyen dos planos, pues se articula no solo como un campo de acción positiva de las Administraciones Públicas (incluso como una obligación o deber de actuación positiva), sino también como un derecho reaccional del trabajador en su dimensión laboral (individual y colectiva), y jurídico-privada, lo que le confiere a este sector del ordenamiento una naturaleza pluridisciplinar. Además, las técnicas a través de las cuales se materializa aquél genérico deber de “velar” de que son destinatarios “los poderes públicos” en su conjunto (acepción que incluye no solo a la Administración pública y al Gobierno, sino también, desde luego, al Legislativo), se deben trasladar al ámbito concreto de la prevención de riesgos laborales. Esto quiere decir, que la protección de la seguridad y la salud laboral va más a allá de la actividad del Estado, siendo el ámbito de la protección de la vida, salud e integridad personal y la mejora de las condiciones de trabajo, uno de los más relevantes en esta cuestión.

Siempre que se intenta configurar el contenido de un derecho, es necesario analizar el grado de tutela que el ordenamiento jurídico le otorga, según la naturaleza de ese derecho. Lo primero que se debe señalar es que es 40.2 no configura por sí mismo un derecho individual para los trabajadores. Eso no quiere decir que, luego de la actividad normativa del Estado y de las actuaciones y políticas de las Administraciones se configure y genere, de forma directa o derivada, ese derecho a la SSL; dependerá de la naturaleza de su reconocimiento.

En consonancia con nuestra pertenencia a la UE y, no puede ser de otra manera, el derecho originario de dicha Unión (Carta de los Derechos fundamentales en la UE) establece que todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad (art. 31), y el Principio 10 del Pilar Europeo de Derechos Sociales señala que los trabajadores tienen derecho a un alto nivel de protección de su salud y seguridad en el trabajo. En este sentido, el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales prevé que para proteger la salud de los trabajadores es imprescindible mejorar los estándares de salud y seguridad en el trabajo; meta que se intenta alcanzar al 2030.

Es importante resaltar que el reconocimiento de la salud y seguridad laboral como derecho “de los trabajadores” en la CDFUE lo ha convertido por ese simple hecho en un auténtico y genuino “derecho fundamental”, que se aplica no solo en relación con la actuación normativa y ejecutiva de la UE, sino también (no hay que olvidarlo) en relación con la actuación de los EM “cuando apliquen el derecho de la Unión” (art. 51.1). Dado que la inmensa mayoría de nuestra legislación en materia de SSL no consiste más que en la incorporación y transposición de directivas europeas, cuando se aplique en España la legislación sobre SSL se estará evidentemente aplicando “el Derecho de la Unión”, por lo que la dimensión de la SSL como un auténtico derecho fundamental queda garantizado por mandato directo del derecho europeo (y reforzado, por si subsistieran aún dudas, por el art. 10.2 de la CE).

Más allá de los propósitos de la UE en esta materia, lo que resulta de interés para nuestra reflexión es saber qué establece nuestro ordenamiento constitucional en relación

a los art. 40.2 y 43 CE, que se configuran como mandatos a los poderes públicos de protección de la seguridad y de la salud y, por último, qué aporta a este debate jurídico el art. 15 de la CE, que obliga al respeto a la vida e integridad física de “todos”, conjunto en el que figura desde luego el trabajador.

Como ya se ha mencionado anteriormente, los dos primeros preceptos tienen en común que exigen a los poderes públicos una legislación que tenga como objetivo los derechos que de ellos se derivan. Es más, estos preceptos constitucionales condicionan a que la normativa no sea contraria a su tutela y que cualquier interpretación o aplicación de esa normativa vaya dirigida en el mismo sentido tuitivo. Es decir, no puede existir ninguna normativa que vaya en contra o desnaturalice el contenido esencia de esos principios rectores (bajo color de “derecho”), y todo ello bajo el paraguas del art 53.3 de la CE.

Pero, realmente, la cuestión que se debe plantear es qué es lo que se está protegiendo con el art. 40.2 de la CE. Cuando se habla de seguridad y salud laboral se está introduciendo el principio o elemento preventivo como instrumento de protección. Efectivamente, es el criterio mediante el cual la empresa debe tomar las decisiones en su más alto grado, porque al final, lo que se está discutiendo es la eliminación de los riesgos laborales y ello afecta a todos los trabajadores, independientemente, de su estatus en la empresa. Eso sí, esa afectación de los riesgos será distinta, dependiendo de las tareas que cada trabajador realice. Es por ello que lo preventivo y la tutela de la seguridad y salud laboral van unidos necesariamente. El precepto constitucional, pues, obliga a los poderes públicos a aprobar un marco normativo (por otra parte, complejo en PRL) en el que al empresario, por seguridad jurídica, no le queden dudas del alcance de sus obligaciones, más allá de las puramente técnicas, esto es, las científicamente demostradas y, también, aquellas otras que exceden de ese criterio científico, pero cuyos efectos favorables para la protección de la seguridad y salud laboral son conocidos. Sin dudas, esto tiene un efecto limitador para el empresario porque afecta a su poder de dirección, basado, igualmente, en el art. 38 de la CE. El equilibrio entre ambas estipulaciones constitucionales (arts. 38 y 40.2 CE), consiste en el juego no subordinado de uno y otro derecho; objetivo que hay que conseguir.

Al hilo de lo anterior, lo que se entienda por seguridad y salud laboral, es lo que marcará el desenvolvimiento y control de la actividad empresarial, la toma de decisiones, incluso, el coste o beneficio económico de la empresa. Lo que si es cierto es que no podemos tener una concepción de la seguridad y salud laboral dispersa y variable, sino que hay que partir de una noción básica, esencial en cuanto al contenido, que podrá modificarse en lo particular del momento, o de la ciencia, o de la empresa, pero no en el núcleo de su entendimiento. Si no fuera así, se podría propiciar una situación de inseguridad y de desprotección para el trabajador, lo que no es constitucionalmente admisible, debido a los intereses en presencia. En sentido contrario, el ordenamiento debe proporcionar a la empresa, en la medida de lo posible, una estabilidad jurídica mejorada o mejorable en seguridad y salud laboral, pero siempre dentro de los parámetros del contenido esencial y mínimo del derecho. Así es como se debe entender el deber general de seguridad del empresario. Otra cosa es que la cultura preventiva, la integración de la prevención y la protección de la seguridad y salud laboral, todavía no formen parte del devenir normal y activo de las empresas. Más aún cuando la sociedad puede pasar por situaciones de crisis económica grave, pandemias o guerras, situaciones que estamos viviendo en la actualidad y que tienen una incidencia directa en los valores que imperan en la realidad social y económica.

Dicho esto, cabe ver cómo ha evolucionado el derecho de la seguridad y salud laboral desde la perspectiva de la generación de un derecho subjetivo del trabajador. Primeramente, al ser un principio rector que se proyecta como un mandato dirigido a los poderes públicos, no se concibe que genere ningún derecho subjetivo y particular para los trabajadores, sino que este derecho se materializará, protegerá y reconocerá a través de los medios y formas que prevea la legislación ordinaria. Corresponde a los poderes públicos “velar por” ese derecho (esto es, cuidarlo y hacerlo efectivo y real) y desarrollar su protección. Por lo tanto, la legislación ordinaria debe respetar los principios y valores ínsitos en el 40.2 y velar por su máximo cumplimiento y tutela. Además, la legislación ordinaria deberá establecer estándares de protección que por su propia entidad son siempre mejorables, a la luz de los avances científicos y tecnológicos. En este sentido, la concreción de estas exigencias constitucionales es lo que aumenta la protección del trabajador, cuestión que se materializará mediante la imposición del deber de garante al empresario. Así, partiendo de una garantía mínima de tutela de estos derechos laborales por su encuadramiento constitucional y conforme al art. 53.3 CE, llegamos a un deber de garante de seguridad del empresario con su correlativo derecho de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, de los trabajadores. Este principio que informa a los poderes públicos sirve, en efecto, para la inspiración de cómo debe ser la norma y para su interpretación y aplicación, estando siempre orientada a garantizar la eficacia de la protección de la seguridad y salud en el trabajo

Avanzando en estas breves reflexiones, el art. 43 de la CE sí que reconoce un derecho a la salud, general en favor de la ciudadanía y, por tanto, de los trabajadores, en particular<sup>2</sup>. Este mandato, sin embargo, tampoco se encuentra dentro de los derechos fundamentales “stricto sensu”. Sin embargo, sí que se reconoce el derecho a la protección de la salud, versión individual del derecho y la obligación de los poderes públicos a organizar un sistema para proteger la salud pública con las medidas adecuadas, de manera preventiva y reparadora, estableciendo los derechos y obligaciones de las partes. Se trata de la versión colectiva del derecho. Al igual que ocurre con la seguridad y salud en el trabajo, es un principio rector protegido por la legislación ordinaria, aunque esta y la aplicación judicial quedan afectados por el contenido de este derecho. Nos encontramos, de nuevo, ante una norma programática, que debe ser integrada en el ordenamiento jurídico. Los tribunales deben basarse en su significado a la hora de resolver los conflictos que se les presenten. Es obvio, que el derecho a la salud laboral y su protección es una manifestación principal del derecho a la salud en general. El concepto de salud, actualmente, ha ido evolucionando y ya no se concibe como simple ausencia de enfermedad, sino como el estado de la persona que supone un bienestar personal, mental y físico.

Este contenido esencial puede concretarse, sin dudas, en la salud laboral, pero desde una doble perspectiva: por un lado, la ya señalada, en la que el trabajador se encuentra como destinatario de una prestación de servicios manteniendo los estándares más altos de bienestar físico, mental o social; por otro, que el trabajo no le produzca la falta de salud o aumente el grado de empeoramiento de su salud originaria al “ingresar” en la relación laboral. Eso supone la necesidad de adoptar un sistema, mediante medidas preventivas, que contemple la protección de ambas perspectivas. De nuevo, se observa que hay que conectar el art. 43 CE, como lo hicimos con el 40.2 de la CE, al respeto a la vida y la integridad física del trabajador reconocido en el art. 15 CE.

---

<sup>2</sup> Tenorio Sánchez, P. “Naturaleza y contenido del Derecho Constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa al mismo”. Revista Iustel Revista General de Derecho Constitucional) 27/2018. ISSN: 1886-6212

En consecuencia, el Estado queda obligado a que el derecho a la vida e integridad física y moral del trabajador no pueda verse vulnerados mediante una legislación ordinaria que olvide velar por la seguridad y salud en el trabajo, en concreto, vulneraciones con directa implicación en la actividad empresarial (STC 19/82 de 5 de mayo). De tal forma que los artículos 40.2 y 43 quedan inexorablemente enlazados. Es más, tal y como denomina a este sector el texto constitucional, con una terminología ya antigua, la seguridad e higiene en el trabajo, esta incluye la protección de la salud del trabajador. Por tanto, una vez más, nos encontramos con el reconocimiento de un derecho general a la protección de la salud de todos los ciudadanos y, en especial, de un derecho particular de tutela de la salud del trabajador. Se podría afirmar que se trata de un derecho *general* de protección de la salud, pero reforzado por el art. 40.2. De hecho, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales obliga, tras la realización de la evaluación de riesgos del puesto de trabajo o conforme a la naturaleza de la actividad productiva, a una vigilancia de la salud de los trabajadores, voluntaria y con su consentimiento, pero obligatoria y fortalecida, para el caso de riesgos graves que pueden afectar al trabajador o a terceros (STC 196/2004, de 16 de noviembre). Esto es así, como reflejo del contenido de estos preceptos constitucionales y del compromiso que han adquirido los poderes públicos. Esta concepción de protección y cumplimiento de las obligaciones preventivas por parte de las empresas ha evolucionado desde un punto de vista de conocimiento de los riesgos más tradicionales y más nuevos o emergentes, aplicando las medidas de prevención adecuadas a cada riesgo, pero siempre basado en la misma premisa: el cumplimiento de los mandatos constitucionales y del Derecho de la UE (en efecto, como se ha avanzado ya, la UE reconoce en su Carta de Derechos Fundamentales el derecho a la salud como parte del derecho a la integridad de la persona, por tanto, de los trabajadores para la protección de la seguridad y salud laboral (como ha resaltado la STC 26/2011, de 14 de marzo).

En conclusión, se puede señalar que los derechos de que aquí se trata, aun no siendo derechos laborales individuales de los trabajadores derivados de la CE, sino normas programáticas que no tienen una aplicación directa e inmediata al trabajador (STC 37/2011 de 28 de marzo), sí que se han convertido, mediante la legislación ordinaria, en verdaderos derechos subjetivos anclados en el contenido esencial y en el mandato que la CE impone a los poderes públicos. Es decir, una protección reconocida con un estándar alto de tutela. Incluso habría que añadir que ese mandato dirigido a los poderes públicos, consistente en velar por la seguridad y salud laboral, está condicionado a una legislación que contemple, seriamente, los elementos que se derivan de ambos preceptos, evitando una normativa aprobada aceleradamente por el Gobierno de turno (STC 84/2015 de 30 de abril). Esto es así en aplicación directa del 86.1 de la CE que prohíbe, aún en caso de extraordinaria y urgente necesidad, que se gobierne con Reales Decretos Leyes que afecten a los derechos, libertades e instituciones básicas del Título I de la CE, donde se encuentran precisamente radicados los derechos de seguridad e higiene en el trabajo y el derecho a la salud.

### **3. EL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DEL TRABAJADOR COMO ANCLAJE DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL**

La conexión de la seguridad y salud laboral con el derecho a la vida e integridad física y moral del ciudadano y, por ende, del trabajador (art. 15 CE) es esencial. Como ya se ha mencionado anteriormente, este derecho si se configura en la Norma Constitucional como

un derecho fundamental con la máxima tutela del art. 53 de la CE. De hecho, la producción de jurisprudencia constitucional coligando ambos derechos es la más abundante y la que establece los criterios de interpretación conjunta de los art. 15 y 40.2 CE.

Cuando la CE se refiere al derecho a la integridad física o moral y a la vida, no se está señalando a una tutela reparadora, es decir, que interviene cuando ya se ha producido una agresión de cualquier tipo sobre el ciudadano/trabajador, sino que lo que se subraya es la evitación de dicha agresión. Nos encontramos ante una protección preventiva con una similar naturaleza que la seguridad y salud en el trabajo.

El art. 15 de la CE es un precepto que genera derechos subjetivos y universales entre los ciudadanos sin necesidad de un desarrollo normativo, sino que la propia regulación constitucional da los parámetros y límites de su contenido y, además, por ser un derecho fundamental tiene la máxima protección posible, conforme al art. 53.1 CE siendo su vulneración, motivo de recurso de amparo ante el TC.

Al no tratarse, pues, de un derecho de mínimos, ni de un mandato a los poderes públicos, la aplicación inmediata y directa es automática. Como ya se comentó, la virtualidad práctica de la protección del derecho a la seguridad y salud laboral se ha venido materializando a través del enlace con este derecho fundamental. Y así ha sido desde la promulgación de la Constitución y en la jurisprudencia del TC. De hecho, aunque no son abundantes las sentencias del TC que abordan esta materia, las principales establecen los criterios y elementos principales para interpretar cuándo se ha producido una vulneración del derecho a la vida y la integración física y moral al hilo de la vulneración del art. 40.2 CE.

En este orden de cosas, se señala por el TC que no se produce una lesión al derecho contemplado en el art. 15 CE en relación con el 40.2, es decir, un incumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral que conlleva la lesión de la vida o integridad física o moral, cuando dicha infracción no provoca un riesgo probado de la actividad de trabajo o, al menos, que sea potencialmente muy posible que se produzca un perjuicio para la salud del trabajador. Baste citar a modo de ejemplo, en el ámbito de la protección médica de la salud y de la vida e integridad física y moral las STC 35/1996 de 11 de marzo y 207/1996, de 16 de diciembre o en el caso de la contaminación acústica las STC 119/2001, de 24 de mayo y 161/2014, de 7 de octubre. En estas decisiones del TC, lo indudable es que los derechos a la protección de la salud laboral, y a la vida e integridad física y moral se vulneran cuando, o bien, se produce un daño efectivo, o bien se pone en peligro el bien jurídico protegido siempre que sea de forma grave y cierta, sin necesidad de la actualización del riesgo -laboral- (STC 139/2016, de julio). Por tanto, cuando, objetivamente, se ha verificado un riesgo laboral se debe aplicar la tutela constitucional preventiva (Sentencias del TC 62/2007 y 160/2007).

En consideración a lo dicho anteriormente, el profesor González Ortega señalaba, en el año 1979, que el contenido del art. 15 era más restrictivo por cuanto que solo contemplaba la faceta puramente defensiva de la salud mientras que el 40.2 y el 43.1 tenían una *vis* más amplia, porque no solo tenía esa perspectiva de protección, sino que se extendía a aspectos como la promoción y mejora de la seguridad y salud en el trabajo y, por ello, del bienestar del trabajador. Ello tenía como consecuencia que solamente cuando se producía una agresión directa es cuando el trabajador podía solicitar la tutela del art. 15, enlazándolo con los otros dos derechos de seguridad y salud en el trabajo. No obstante, la doctrina constitucional se ha ido modelando y actualizando en estos años y las sentencias arriba referenciadas así lo manifiestan, que no solamente se trata de agresiones

o amenazas directas, sino que una vez objetivado el daño, el elemento preventivo aparece como instrumento que justifica la protección. Se puede concluir que la evolución de la doctrina del TC en este sentido ha sido positiva y le da una envergadura a la protección más cercana a los estándares que exige la cláusula de Estado Social.

Siendo esto así, se puede afirmar como ya dijo el homenajeador, que la combinación del art. 15 con el 40.2 y el 43.1 supone que la libertad de empresa reconocida en el 38 CE debería quedar subordinada a la protección de los derechos derivados de los preceptos señalados. Dicho de otro modo, el empresario tiene libertad de empresa y es el titular de los medios de producción, de la organización de la actividad, de la disposición libre de esos medios (incluidos los de selección de su personal, los trabajadores) y de la defensa de su productividad y de los beneficios que quiere obtener, esta cuestión no plantea dudas. Ahora bien, si esa libertad se utiliza provocando o incumplimientos de la normativa preventiva que deriva de los arts. 40.2 y del 43.1 y, a su vez, ello provoca una amenaza o agresión objetiva y cierta sobre la vida, la integridad física o moral de los trabajadores por infringir las medidas preventivas, se estará vulnerando el art. 15 de la CE (STC 195/1996, de 28 de noviembre; y STC 62/2007, de 27 de marzo). La primacía de este derecho fundamental junto con el 40.2 y 43.1 no parece proyectar incertidumbres sobre derecho a la libertad de empresa reconocida en el 38 CE.

Dando un paso más en estas apreciaciones, es momento de valorar cómo la doctrina constitucional ha ido uniendo y vinculando los derechos en cuestión. Es necesario constatar que son numerosas las STC, vía el recurso de amparo, por vulneración del art. 15, las que enlazan con el 40.2 y 43. Uno de los asuntos que preocupan al TC es la falta de empatía de los tribunales ordinarios a la hora de tener en cuenta la integridad física o moral o la vida del trabajador cuando de materias de seguridad y salud laboral se trata. De modo que es habitual ver, en algunas de sus sentencias, un recordatorio sobre la naturaleza infra constitucional de la LPRL, pero que permite conocer la tutela constitucional que se otorga porque parte y reside en derechos derivados como el 40.2 y 43.1 y el derecho fundamental del art. 15 CE (STC 62/2007). En efecto, la LPRL es una regulación concreta y detallada del reconocimiento y de la tutela constitucional.

Avanzando en este orden de cosas, el propio TC señala, no obstante, que el art. 15 CE no puede convertirse en un paraguas de cobertura general y abstracta de cualquier derecho, incluido de carácter laboral, que no esté incluido entre los derechos fundamentales, porque son derechos que se desarrollan a partir de los mandatos que la Constitución hace a los poderes públicos. Es decir, que la actividad de trabajo, en hipótesis, pudiera ser nociva para la salud laboral, pero no supone, sin más, admitir que una determinada actuación u omisión de la empresa, en ejercicio de su poder de dirección y organización de la actividad laboral, comporta directamente un incumplimiento de la normativa ordinaria de la prevención de riesgos laborales, y, por ende, una vulneración del art. 15 CE.

Estas consideraciones del Tribunal no son contradictorias con lo anteriormente señalado. El propio órgano juzgador establece criterios o elementos que hacen que esos derechos indirectos o infra constitucionales puedan verse protegidos por la tutela del derecho fundamental del art. 15 CE (STC 160/2007, de 2 de julio). De modo que para que exista una vulneración del art. 15 de la CE en relación con la seguridad y salud laboral, es preciso, no que la lesión se haya actualizado -esto resta eficacia a la tutela- sino que se acredite que la lesión se va a materializar si no se otorga la protección (STC 220/2005 de 12 de septiembre). Lo que, realmente, se exige es que haya una relación de causalidad objetiva entre daño y lesión o riesgo seguro de lesión. Es decir, que los riesgos laborales

(incluidos los psicológicos) sean previsibles es un factor principal, pues lo que explicitan es la objetividad del riesgo y, por tanto, la vulneración del art. 15 de la CE. El elemento subjetivo tiene que desaparecer, es obvio, para llegar a esta conclusión. No obstante, esta desaparición no sería absoluta si se puede demostrar la relación de causalidad entre la previsibilidad del daño y las consecuencias negativas para la salud laboral del trabajador. Este reconocimiento de posibles patologías psicológicas es interesante puesto que el TC está teniendo en cuenta, también, el bienestar o el ambiente laboral del trabajador, dando paso a la posible valoración de circunstancias o situaciones adversas a ese bienestar que pudieran producir alteraciones en la salud de los trabajadores. Efectivamente, se ha señalado por la jurisprudencia constitucional que el hecho de que el riesgo sea previsible en estas situaciones de ambiente hostil en el trabajo, es una prueba indiciaria de que el problema de salud pueda aparecer y que es necesario la activación de la tutela del art. 15; teniendo en cuenta las cuestiones apuntadas, ya que los criterios determinantes son la conexión directa entre los hechos que se dan en la empresa y el riesgo que puedan producir la lesión de la salud de alguna/as de las personas de la plantilla. Finalmente, cualquier actuación omisiva o activa del empresario que no vaya dirigida a eliminar la previsibilidad del riesgo, supone incumplir el contenido esencial del derecho fundamental.

En esta visión actualizada del TC relativa a la seguridad y salud laboral y de la vida e integridad física y moral del trabajador del TC, hay una sentencia que analiza cuestiones tan controvertidas como el acoso laboral (STC 81/2018, de 16 de julio). Este fallo contempla el *mobbing* a un trabajador que debía llevar un uniforme obligatorio (este elemento no es el de relevante) y debía dar debida cuenta de cada actuación realizada diariamente de forma detallada. El Tribunal entendió que esta situación podía suponer un ataque a la integridad moral protegida por el art. 15 CE porque supuso “*un hostigamiento psicológico reiterado y persistente en el tiempo*” que generó un comportamiento denigrante e intencional, cuya consecuencia fue un daño severo para la salud, que llevó al trabajador a que le fuera declarada una incapacidad laboral absoluta. Lo que plantea la sentencia es si la decisión del órgano jurisdiccional ordinario que rechazó que hubiera existido acoso laboral cumple con los requerimientos constitucionales que se exigen para llegar a afirmar que se ha lesionado o no el derecho a la integridad moral del trabajador. Esto es, qué motivación proporcionó el tribunal ordinario para llegar al convencimiento de que no hubo acoso. No puede ser cualquier justificación sino aquella motivación reforzada que esté presidida por un razonamiento objetivo, dado el alcance de los valores y derechos fundamentales en conflicto, entre los cuales destaca la integridad moral (art. 15 CE). Pues bien, en el control constitucional materializado mediante el recurso de amparo, el Tribunal desestimó el recurso por no darse todos los elementos que configuran la figura del acoso laboral y porque, ante esa ausencia, la previsibilidad del daño a la salud moral no quedaba acreditada por el demandante y sí desvirtuada por el demandado.

El extremo que aquí queremos subrayar no es tanto el resultado de desestimación de la vulneración del art.15, sino el análisis axiológico que se realiza en los fundamentos de derecho para llegar a esa conclusión y que se basan, principalmente, en si la sentencia del tribunal autor de la sentencia recurrida en amparo cumplía o no con “el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial en esta materia y, de este modo, no haber vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la integridad moral (art. 15 CE)”. La cuestión aclaratoria es cuál es el contenido del canon aplicable. Pues bien, el análisis que realiza el Tribunal de instancia es un análisis pormenorizado de las conductas probadas y si estas causan el acoso, a partir de su concepto legal, y originan una alteración grave de la vida laboral. Para ello, se necesitan multiplicidad de actos que menoscaben, en este caso, la dignidad de la persona, ex art.



10.1 CE. No se refiere a un ambiente conflictivo (pues no bastaría con esos parámetros) sino valorar si esos actos de hostigamiento, su persistencia, alcance denigratorio, la falta de tutela en suma del empresario, que es quien ostenta el poder de dirección y pueden neutralizar esa situación desde un punto de vista objetivo, causan la vulneración de la integridad moral del trabajador. En este supuesto el resultado fue que no había habido acoso laboral, sino simplemente un ambiente “conflictivo”.

Finalmente, para ir terminado con las consideraciones que afectan al art. 15 CE y que derivan de la materia de seguridad y salud laboral, sería adecuado entrar a comentar una última sentencia que confirma la evolución y modernización de estos derechos en este momento. Se trata de la STC 56/2019, de 6 de mayo. Sentencia que analiza, también, un supuesto de acoso, pero en esta ocasión otorgando el amparo al trabajador.

Los criterios utilizados por el Tribunal son los anteriormente mencionados, por eso la premisa de partida es la misma. Lo interesante a destacar en esta decisión constitucional es que se aprecia la gran oportunidad que el amparo ofrece al Tribunal para afianzar la doctrina sobre derechos fundamentales sustantivos (art. 15 CE) con otros asuntos que considera de marginación laboral, en este caso, de empleados públicos. Sin llevar a cabo un análisis exhaustivo, solamente señalamos los aspectos principales que configuran la vulneración del art. 15 CE en relación con los derechos de seguridad y salud laboral.

El Tribunal, después de hacer una contextualización del concepto y devenir del acoso como un tipo de estrés laboral, señala que la finalidad de esta conducta no es otra que la de agredir y/o poner en peligro la integridad personal o moral del trabajador, incidiendo en que estas conductas son incentivadas o favorecidas por quienes tienen el poder de dirección, en los distintos niveles del organigrama de la empresa. Continúa señalando que el concepto y contenido de los derechos del art. 15 CE son lo suficientemente estrictos y flexibles, al mismo tiempo, como para poder integrar en aquellos los problemas de vulneración del derecho de la vida personal y laboral, de modo que el Tribunal puede proyectar ese contenido esencial a las relaciones laborales. En razón de esta reflexión, la sentencia determina que cuando el conflicto versa sobre derechos fundamentales, la tutela constitucional no puede quedar supeditada a un “*arduo control*” sino que, por el contrario, basta con la existencia del nexo causal entre “*el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma*”. Esto es precisamente lo interesante de esta sentencia; la exigencia del nexo causal sin tener que acreditar, mediante una concepción estricta, los elementos subjetivos u objetivos, como factores determinantes del peligro o riesgo grave, ni la finalidad de los comportamientos, siempre que haya una humillación o denigración de la dignidad personal o profesional del trabajador. El trato denigrante o contrario a la dignidad personal o profesional es el que tiene que analizar el tribunal para encajarlo en la vulneración de la integridad moral (concepto mucho más amplio) del art. 15 CE y proyectarlo a las relaciones laborales.

Este planteamiento hace reflexionar sobre la auténtica finalidad de que los derechos constitucionales, sean fundamentales o derivados, se puedan enlazar o no unos con otros. En verdad, parece que el TC amplía el alcance del contenido del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Es cierto que se parte de nuevo del derecho fundamental, pero acogiendo en la tutela constitucional la salud laboral, aún en sus aspectos psicosociales que son los más dificultosos de probar en la jurisdicción ordinaria. Ahora, son los indicios basados en el comportamiento humillante o lesivo del derecho a la integridad moral o personal (realizado por la empresa, en el caso de marras una Administración) los que se tienen que valorar jurídicamente para concluir que ha habido trasgresión del art. 15 CE. Junto a esos indicios, se tendrá en cuenta, dice la Sentencia, que “*el comportamiento*

*administrativo (el privado o empresarial, también) enjuiciado cuenta con cobertura legal, responde a un fin constitucionalmente legítimo, constituye la alternativa menos restrictiva y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental (art. 15 CE)”.*

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las consideraciones realizadas en este trabajo no son más que valoraciones generales acerca de la evolución en el tiempo del derecho a la seguridad y salud laboral, aspectos que siguen estando cuestionados y no resueltos, tanto por la doctrina como por la propia jurisprudencia constitucional. Aun así, se ha querido mostrar que los problemas que con clarividencia exponía el profesor González Ortega en su publicación y que le preocupaban en el momento de aprobación de la Constitución, siguen vivos.

En consecuencia, las afirmaciones acerca de los límites de los derechos se podrían trasladar, sin problema, al momento actual. Basta recordar que el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa no son absolutos, especialmente cuando entran en conflicto con el derecho a la vida o la integridad física o moral del trabajador. Por otra parte, ambos derechos (arts. 33 y 38 CE) están supeditados a la función social que de ellos se espera, es decir, quedan subordinados al interés general, lo que se llamaba “la funcionalización social de la propiedad privada y de la libertad de empresa”, por su utilidad social.

Por tanto, se puede decir, sin miedo a equivocarse, que siendo los 33 y 38 CE derechos que gozan de un nivel superior de protección que los del 40.2 y 43 CE, el desarrollo de la legislación ordinaria de estos preceptos, la evolución de la jurisprudencia del TC, la influencia de la normativa de la UE (declarándolos derechos fundamentales) entre otras razones, hacen que el derecho a la Seguridad y Salud laboral se haya convertido en prioritario. En efecto, sin desmerecer la libertad empresarial a la organización productiva y al libre ejercicio de la actividad económica, esas libertades solamente podrán materializarse si no existe una lesión o daño para la salud de los trabajadores.

A modo de reflexión final, hay que seguir poniendo en duda, desde mi punto de vista, la eficacia de la tutela constitucional de la Seguridad y Salud Laboral. La necesidad de tener que conectar este derecho con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral para poder conseguir la máxima protección, es algo que nos parece cuanto menos cuestionable. La razón principal es que es un derecho de los trabajadores que está reconocido en la normativa ordinaria, pero no porque dimane directamente de los arts. 40.2 y 43 de la CE. El trabajador no es por lo tanto titular directo de un derecho subjetivo constitucional a la Seguridad y Salud en el trabajo. Es titular directo de un derecho cuyo formato, contenido y modalidad práctica serán los reconocidos en la legislación ordinaria (sea nacional o europea), normativa que debe sin duda cumplir materialmente con el mandato constitucional de velar por la Seguridad y Salud Laboral.



**PARTE III**  
**PROTECCIÓN SOCIAL**



# **ECONOMÍA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN SALUD. ESTADO DE ARTE EN AMÉRICA LATINA**

MAGISTER DR. SERGIO DEL PRETE

Universidad ISALUD. Buenos Aires. Argentina

## **SUMARIO:**

- 1. DE LA PROTECCIÓN A LA DESPROTECCIÓN SOCIAL. EL RESQUEBRAJAMIENTO DE UN MODELO**
- 2. ESTADO DE ARTE DE LA ECONOMÍA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. DE LAS OPORTUNIDADES A LAS AMENAZAS.**
- 3. CLAROSCUROS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN SALUD EN AMÉRICA LATINA. QUE OPORTUNIDADES OFRECE EL ENFOQUE DESDE LA ECONOMÍA.**
- 4. BIBLIOGRAFÍA**

## **1. DE LA PROTECCIÓN A LA DESPROTECCIÓN SOCIAL. EL RESQUEBRAJAMIENTO DE UN MODELO**

La protección social ha cumplido en América Latina un papel protagónico en sus sociedades respecto de promover la inclusión y cohesión social, contribuir a la reducción de la pobreza y resolver la complejidad de las disparidades sociales. No obstante, en las últimas décadas se observa una creciente preocupación política y de la propia sociedad no solo por dar respuesta efectiva a los problemas crónicos vinculados a la movilidad social descendente, la cristalización de la pobreza, la pauperización y la marginalidad urbana - condiciones que se han venido acentuando - sino respecto de cómo garantizar una ampliación del derecho a la salud. En la mayoría de los países, la política social y la económica han venido traccionando en sentidos opuestos, lo suficiente como para provocar alteraciones tanto en la cobertura de las necesidades de protección social a los sectores vulnerables, como en la manera de definir y procurar los recursos necesarios a fin de darles respuesta. El problema es que la evidencia del estancamiento y, peor aún, del retroceso en el crecimiento económico que exhiben algunos países de la región - especialmente tras la pandemia - resulta un serio condicionante para lograr dar solución a las crecientes dificultades que surgen de su impacto sobre los determinantes sociales y sanitarios. Especialmente, cómo lograr que millones de personas puedan disponer de ciertas garantías que les faciliten el acceso a educación y salud, y a partir de ello otorgarles posibilidades concretas no solo de inserción productiva sino de ser alcanzados por la protección social. De esta forma, a lo largo de décadas, se ha ido consolidando un escenario económico que tiene como bisagra histórica el paso desde las antiguas reformas planteadas en el contexto de los años noventa a las que el actual contexto social obliga a un profundo replanteo a futuro.

Históricamente en América Latina, el sistema de derechos y deberes así como la participación política, social y cultural efectiva de sus ciudadanos estuvo ligado estrechamente al mundo del trabajo. Y por ende configuró una concepción del Estado denominado de Compromiso, básicamente de carácter particularista al estar centrado en la condición de ciudadanía otorgada al sujeto trabajador. Hasta la segunda mitad del siglo XX, el Estado capitalista reguló el mercado laboral bajo dos principios. Por un lado, estableciendo los modelos y condiciones bajo las cuales se consolidaban las relaciones salariales (regulación jurídica de contratos de trabajo). Y por otro, generalizando sistemas de seguros ampliados a la familia del trabajador. La generalización del trabajo asalariado durante lo que fue una etapa industrial de pleno empleo convirtió así a las “relaciones salariales” en el modo predominante de vida de los sectores no poseedores de capital, pero considerados ciudadanos. La protección social se transformó entonces en un garante de condiciones de vida, asegurando al asalariado formal tanto contra las eventuales variaciones del ciclo productivo económico (desempleo) como frente a los riesgos individuales de la vida activa (enfermedad, vejez, muerte). Precisamente porque la “ciudadanía ligada al trabajo estable”, durante la mayor parte del siglo XX fue lo que materializó, desde ese punto de vista, una suerte de estatus jurídico, político y socioeconómico.

A partir de la década del 50 y más acentuadamente hacia los años 70, la expansión creciente de la seguridad social en la región permitió incorporar las cuestiones previsionales y la cobertura de salud al universo de trabajadores en relación de dependencia, lo que extendió el aseguramiento a los límites mismos del mundo laboral. Varias fueron las circunstancias para que esto ocurriera. En primer lugar, porque en esa etapa de la historia política y económica existía una condición de pleno empleo, donde el nivel de desocupación no superaba el denominado valor friccional (menos del 7% de la Población Económicamente Activa). En segundo lugar, porque el sistema de producción industrial

de la época, de tipo *fordista - taylorista*, se basaba en mano de obra calificada y semi-calificada que configuraba el perfil de trabajador mano de obra intensiva centrada en la línea de montaje. Un modelo que se estimaba absorbería demanda y proveería empleo de por vida con salarios y beneficios crecientes

Se fue configurando así a lo largo del tiempo una dualidad incorrecta en el modelo capitalista entre el significado de las funciones económica y social del trabajo. Instalando como idea fuerza que las actividades humanas (y por ende las personas) adquieren valor en función del precio que el mercado paga por ocupar laboralmente a la fuerza de trabajo. Y no de los aspectos regulatorios del Estado. En consecuencia, recaería sobre los ciudadanos una responsabilidad primaria con su sociedad, de tipo básicamente mecanicista, por la cual simplemente deberían disponer de su capacidad de trabajo al servicio de la economía. De allí que si sus esfuerzos no resultaran suficientes para lograr una ubicación laboral en el mercado en función de ciertas capacidades que este exige y cada persona debe poseer, surgirán una serie de “sanciones” de tipo social centradas básicamente en la exclusión. Ya no solo es una cuestión del mercado laboral, sino de los mecanismos tradicionales definidos como propios del sistema de protección social que resolvían el riesgo y la incertidumbre. El dilema social entonces surgía de cómo concordar el principio de responsabilidad (cada individuo debe hacerse cargo de sí mismo) con el principio de solidaridad (la sociedad aseguradora protegiendo a sus miembros) (Rosanvallon, La nueva cuestión social, 1995)

A partir de la década del 80, esta visión del hombre trabajador fue siendo gradualmente superada por la tecnología y el conocimiento, transformadas en fuentes estratégicas de las nuevas ventajas competitivas sustentables a largo plazo. Más adelante, la década del 90 marcó a fuego la progresiva extinción de la relación laboral tradicional, y la ruptura de lo que se conocía como mercado laboral clásico. El nuevo modelo contractual surgido entre empresa y trabajador reemplazó al de tiempo fijo e indeterminado por una variante flexible, de tipo informal, sin tiempos preestablecidos y en el que fueron desapareciendo del nuevo “salario” las cargas sociales en una espiral de autodestrucción de la solidaridad.

El paradigma asegurador, a la vez sustrato ideológico del modelo *bismarckiano* y su Estado de Compromiso, entró en crisis cuando los fenómenos de desempleo de larga duración - o de “exclusión relativa” como en el caso de los trabajadores informales - se transformaron en circunstancias estructurales, estables y permanentes. Prácticamente una vuelta imaginaria a la sociedad pre capitalista de principios del siglo XX. Las leyes de flexibilización aplicadas en el mundo del trabajo, introducidas a través del Caballo de Troya de las Reformas del Estado, fueron proveyendo a los gobiernos de la región de instrumentos regulatorios que permitieron al empleador extender la jornada laboral y modificar el estatus del trabajador más allá de los límites permitidos por la OIT. De esta forma se facilitó a las empresas incrementar su productividad sin tener que incorporar nuevo personal, o bien haciéndolo bajo la figura del trabajador “informal” precarizado. En tanto, los gobiernos hicieron foco en la necesidad de dotar de mayor eficiencia a las políticas sociales respecto del manejo de los escasos recursos y en cómo obtener mayor eficacia a partir de los resultados esperados.

La inequidad, expresada ahora con mayor amplitud, continuó siendo en América Latina incluso hasta hoy un problema sistémico no resuelto de la nueva cuestión social. Ya sea porque la estructura productiva resultó ser cada vez más heterogénea en su nivel de productividad, compleja en el acceso a los mercados y dificultosa en cuanto a la incorporación de progreso técnico dada la variabilidad de la inversión del capital propio y extranjero. O más profundamente, por el hecho que se haya quebrado la base del contrato social que permitía la estabilidad laboral, fracturando la seguridad social. En pleno Siglo XXI, el trabajador temporario sin registro de su contrato y precarizado en sus derechos,



resultó casi comparable al obrero destajista intermitente de la segunda revolución industrial. Al tenerlo en situación de no registrado legal o “en negro”, la empresa o el patrón no se obliga a brindarle seguro social, licencias ni indemnizaciones, pasando el salario a ser resultado de una negociación particular entre ésta/éste y cada uno de los trabajadores. Dos tercios del empleo generado durante los últimos veinte años han sido de tipo informal, especialmente a punto de partida de “micro emprendimientos” cuyos modelos de contrato laboral surgen como muy inestables, carentes de cobertura de seguros sociales y con mayor cantidad de horas trabajadas.

América Latina y el Caribe tienen hoy al menos 140 millones de personas trabajando en condiciones de informalidad, lo que representa cerca del 50% de los trabajadores, estimándose su dinámica en cerca del 70 por ciento o más de la creación neta de puestos de trabajo en una serie de países analizados (CEPAL, 2022). Debido a las propias características del sistema tradicional de protección social en salud, si bien resultaría posible la eventualidad que los trabajadores independientes se afilien, redundaría en muy costoso para los informales lograrlo ya que en su mayoría se trata de pobres. Por tal motivo, la demanda por financiar los servicios públicos de salud y pensiones no contributivas (mas otros servicios propios del sistema de protección social no tributario) seguirá aumentando a un ritmo tal que tenderá a superar las tasas de crecimiento efectivo del PBI, y pondrá en riesgo la sustentabilidad misma de la seguridad social a futuro.

La tesis propuesta por Myrdal (1974) se hizo finalmente realidad concreta en la región, a partir de la paradoja de crecimiento económico con amesetamiento de la situación social. Tanto, que la profundización de las desigualdades se ha tornado una cuestión económicamente ineficiente para la propia economía de mercado, además de éticamente inmoral. Y puede considerarse como falla incorregible del propio mercado la excesiva desigualdad en la distribución del ingreso, que no resulta más que de su mal funcionamiento. La región pareciera así estar viviendo para cerca de la mitad de su población económicamente activa casi una época *pre - bismarckiana*, en un entorno económico y político de crisis persistente. Y donde el principal problema actual del seguro social en América Latina - más que de sustentabilidad financiera - reside en un modelo contributivo a contramano de la realidad del mundo actual del trabajo. Los recursos económicos están disponibles, porque hay individuos que tienen ingresos casi equiparables a los de un salario base, pero la rigidez del modelo contributivo no les permite ingresar al seguro social para poder financiarlo y a la vez asegurarse su protección inmediata y futura.

## **2. ESTADO DE ARTE DE LA ECONOMÍA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. DE LAS OPORTUNIDADES A LAS AMENAZAS**

Tomando en cuenta lo señalado, corresponde analizar el estado de arte de las recientes transformaciones sufridas en la economía y la política social latinoamericana en el contexto del modelo de protección social y sanitario adoptado. Su problema más crítico se vincula con el histórico peso del hoy debilitado modelo asegurador particularista *bismarckiano* predominante en América Latina, vinculado originalmente al mundo del trabajo y no a la condición de ciudadanía como en la mayoría de los países europeos

A partir de un creciente cuestionamiento a las debilidades y fracasos relativos de las reformas en la protección social aplicadas durante los años 90, se dio argumento a que la concepción de “universalismo modificado” resultaría la estrategia emergente. Con posibilidades de reemplazar paulatinamente al tradicional horizonte - objetivo de esa época,

que otorgaba prioridad al combate a la desprotección, la pobreza y la vulnerabilidad social a través de estrategias de focalización fundadas en una particular concepción de equidad diferenciada. La política social, o en forma más abarcativa la protección social, procuró obtener un conjunto de intervenciones con el Estado como agente institucional responsable con mayor o menor importancia relativa según los casos, a través de las cuales pautar los mecanismos y modalidades tendientes a lograr el proceso de generar mayor integración social. Es decir establecer condiciones mínimas comunes que permitieran configurar un piso denominado “umbral de ciudadanía”. Por sobre ese piso, el sesgo que podría adquirir la política social resultaría de quién garantiza esas igualdades sociales mínimas o bien cristaliza desigualdades sociales máximas. Conformando a su vez las “fronteras” esenciales bajo las cuales la ciudadanía registra su dinámica social ascendente o descendente.

La lógica del sistema “particularista” *bismarckiano* de cobertura de salud, sustrato indisociablemente técnico y filosófico del Estado de Compromiso, se vio impactada aceleradamente por lo ocurrido respecto de la informalidad creciente, y esta agotándose actualmente. Si se analizan las unidades económicas de entre una a cinco personas, Colombia, México, Paraguay y Perú registraban a 2019 tasas de cobertura de la seguridad social inferiores a un 10 por ciento, en tanto en Argentina, Bolivia, Chile y Ecuador los valores oscilaban entre 10,1 a 21,3 por ciento. Por su parte, Brasil y Uruguay mostraban mayores porcentajes. Pero considerando las de 20 o más personas, los valores promedio de la región eran del 60%, con más del 90% para Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Panamá, República Dominicana y Uruguay. (CEPAL, 2021 ). Esto pone en evidencia la manifiesta vulnerabilidad en que vive buena parte de la población de los quintiles más bajos de la escala social (I a III), con salarios insuficientes para superar la línea económica de la pobreza y carentes de toda posibilidad de cotización a la protección social contributiva tradicional. Lo que lleva a exponer la fuerte correlación entre desigualdad de ingresos y cobertura contributiva de la seguridad social, donde ningún país de Latinoamérica alcanza el 40 por ciento de la misma en el primer quintil mientras la gran mayoría se encuentra por debajo del 20 por ciento de cobertura, reflejando la fuerte asociación entre informalidad y bajos ingresos.

Para tratar de dar respuesta a estas problemáticas, la Economía de la Protección Social en Salud ha intentado configurar un campo de análisis y a la vez un marco de referencia para reformular los problemas de acceso a niveles adecuados de cuidados de la salud, entendida ésta como un derecho que la sociedad ha decidido consagrar. Trata de objetivar como y de que forma el análisis económico puede contribuir técnicamente a mejorar la planificación de actividades orientadas a optimizar los modelos de cobertura social a partir de la evaluación (ex- ante y ex- post) de muchas de las políticas y programas destinados a las diversas formas y campos de la protección social es uno de sus desafíos. Cualquier modelo basado en derechos y orientado a generar mayor cohesión exige pronunciarse en torno a cuatro componentes esenciales: la definición de los niveles de cobertura y las fuentes de financiamiento contributivo y no contributivo; la magnitud de la solidaridad en el financiamiento; el desarrollo de la institucionalidad social para una gestión eficiente de la política de oferta de prestaciones, y la identificación de derechos explícitos que se pueden garantizar y exigir en términos de acceso a prestaciones. Pero reconociendo que solo si se le da alcance universal, un seguro se vuelve auténticamente social.

¿Dónde residen los principales problemas de la protección social en salud del siglo XXI en la región? En primer lugar, en que resulta extremadamente difícil disponer de mecanismos que permitan recuperar aportes salariales desde el sector informal, especialmente desde microempresas y trabajadores independientes. En segundo término, porque para que haya regulación exitosa hacen falta controles efectivos por parte del Estado, no siempre

existentes, y modelos de aseguramiento integrado contributivo y no contributivo con igualdad de oportunidades de acceso a las prestaciones requeridas. Finalmente, porque las diferentes formas de otorgar cobertura a los ciudadanos sin que pierdan sus ingresos por gastos de bolsillo - como ocurre con los pobres y los nuevos pobres desocupados o informales económicos - se transforman en un desafío para cualquier esquema asegurador *cuasi bismarckiano* que apunte a mayor equidad.

Si analizamos desde la economía la crisis del Estado de Compromiso latinoamericano, es posible exponer tres componentes claramente definidos:

- La crisis Financiera, dado que los ingresos por vía contributiva resultan cada día inferiores respecto del gasto social necesario para continuar con la cobertura de las demandas de los beneficiarios
- La crisis de Gestión, resultado de la incapacidad del Estado para responder eficaz y eficientemente a los problemas sociales, que suma lo que se define como “trampa burocrática”, donde una parte significativa de los ingresos fiscales resulta consumida por la estructura burocrática en expansión, mostrando escasa posibilidad de brindar respuestas adecuadas a los requerimientos de sus beneficiarios directos.
- La crisis del Modelo Originario, expresada en el quiebre de los principios solidarios *bismarckiano* que fundamentaron la concepción tradicional de los derechos sociales, y que deben ser extendidos en su campo de acción para permitir la recuperación social de los excluidos.

El debate abierto durante los años 90 desde lo económico en torno al ingreso de instrumentos de mercado a la Seguridad Social para dar respuestas al resquebrajamiento de los conceptos clásicos del modelo histórico de solidaridad interpares, basó su problemática en si era posible desarrollar un nuevo modelo teórico de financiamiento, gestión y otorgamiento de beneficios frente al conflicto salud/enfermedad, políticamente viable y éticamente justo. Donde competencia, separación de intereses y responsabilidades más una diferente relación entre la forma de financiar la gestión de compra y provisión de las prestaciones fueran los ejes del cambio. Técnicamente fue posible instrumentarlo. Políticamente resultó complejo mantener su delicado equilibrio. Éticamente, resultó todo lo contrario a justo.

El rol de la Economía en el campo de la protección de la salud se fue tornando clave para entender la complejidad de cómo reducir los niveles de exclusión, sin dejar librada la dinámica social a la simple contradicción entre los que quedan adentro y fuera del sistema. De allí la importancia creciente que ha ido adquiriendo la visión económica dentro de las propuestas de cambio respecto del financiamiento y aseguramiento de la protección social en salud. Independientemente de si estas se apliquen en forma silenciosa o estructural. Al ser la protección no solo un problema social, sino macro y microeconómico, reformular sus sistemas de beneficio requiere la introducción de instrumentos económicos en el diseño teórico y la conformación de modelos que permitan establecer los fundamentos de su eficiencia, tanto económica como de gestión.

Quizás una de las cuestiones más complejas que ha debido enfrentar la Economía aplicada al campo de la Salud haya sido, al decir de López i Casanovas, el riesgo de su instrumentalización política en el peor sentido de la palabra. Situación difícil de evitar, como parte del complicado proceso de gestación de nuevos modelos sanitarios. Lo conveniente sería, según lo plantean Martín y López del Amo (2007) tratar de mantener lo mas separado posible y claramente establecidas las propuestas, sus consecuencias y los juicios de valoración ética sobre los modelos que se pretendan establecer, sin dejar de lado

que detrás de cada propuesta están personas y ciudadanos. Lo cierto es que, además de los interrogantes a que dio lugar a lo largo del tiempo, la realidad mostró que el concepto de introducir más mercado en salud, aplicado con distintas variantes a los esquemas mixtos o combinados latinoamericanos donde coexisten el sector estatal, el seguro solidario y los seguros privados – tal el caso de Chile, México, Colombia, Costa Rica, Uruguay e incluso Argentina – ha sido generador de importantes problemas y no menores desafíos. Precisamente porque la posibilidad de aplicar alternativas tales como el *mix* público-privado, cuasi-público, privado regulado, privado sin fines de lucro y privado lucrativo, en todos los casos, ha chocado desde el lado de lo técnico - normativo con la historia particular de cada país, sus costumbres y cultura y el rol del Estado.

Un ejemplo de modelo “*bismarckiano integrada*” de garantizar protección social centrada en el acceso a la salud fue la planteada en México con el Seguro Popular. En este caso, el Estado jugó un rol clave en el establecimiento de subsidios progresivos desde el espacio fiscal, tanto para quienes “trabajaban” pero no poseían cobertura de seguro social como para los más pobres sin trabajo. Promoviendo en forma paralela una suerte de “contribución” desde el trabajador informal basada en su nivel de ingreso, teniendo en cuenta que para aquellas familias en situación de pobreza extrema existía un régimen no contributivo subsidiado en su totalidad por el Estado. De esta forma, la Economía aplicada a la arquitectura financiera de un Seguro Mixto contributivo/no contributivo volvía a armonizar principalmente con el concepto solidario de la seguridad social *bismarckiana*. El Seguro Popular fue cuestionado por problemas de acceso y de magnitud de la canasta de cobertura de prácticas y medicamentos, siendo suplantado por razones más cercanas a lo político-ideológico por un esquema totalmente público, sin que se pudieran llegar a analizar sus principales defectos en el largo plazo. Particularmente, seis ex secretarios de salud de México advirtieron que desaparecer el brazo operativo del Sistema de Protección Social en Salud era un “error crucial”, y que su eliminación era “anular uno de los avances institucionales más importantes” del sistema de salud, y su mejora no requería “ningún viraje repentino sino políticas de Estado”

En base a lo precedente ¿Puede plantearse una reforma de la protección social en salud si no hay de por medio una Política de Estado que le dé marco y un consenso social básico para llevarla adelante? ¿Puede la Economía ayudar a la inclusión de los trabajadores precarizados dentro de un esquema de protección social, toda vez que el modelo de producción de servicios de salud - independientemente de quien los provea y como sean financiados – resulta ser una producción económica como cualquier otra? Todavía existen dificultades respecto de definir los condicionamientos políticos e introducir aspectos de racionalidad económica, en un contexto complejo donde no solo priman argumentos y concepciones éticas sino también diferencias fundamentales de visión y juegos corporativos entre los diferentes actores del componente asegurador, sean públicos, cuasi públicos o privados. Pero es más que evidente que, más allá de herramienta de análisis, lo técnico y lo político resultan vehículos esenciales para el debate. Independientemente de la inconsciente politización a que han llevado muchas posturas ambiguas en su seno que en general, y lamentablemente, no han conducido a ningún lugar.

### **3. CLAROSCUROS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN SALUD EN AMÉRICALATINA. QUE OPORTUNIDADES OFRECE EL ENFOQUE DESDE LA ECONOMÍA**

La crisis económica resultado del paso del COVID-19 desnudó las distancias que persisten en la región para garantizar un piso de protección social universal con garantías

explicitas respecto del acceso a la salud. Ya antes de este nuevo escenario, solo el 67,6 por ciento de la población de América Latina tenía acceso a una cobertura efectiva de al menos un beneficio de la protección social (OIT 2017). Reconociendo además que en salud, principalmente en aquellos países donde mayor desarrollo tiene la seguridad social tradicional y más fragmentado el sistema, más amplia tiende a ser hoy la brecha de oportunidad y calidad de cobertura entre los trabajadores del sector formal y el resto de la población que solo tiene acceso al subsector público.

Analizando los sistemas de salud de la región post reformas de los años 90, seguían marcados por la desigualdad, la que persistía reproduciéndose al interior de cada país con segmentaciones artificiales diferenciadas, que se exteriorizaban como si se tratara de realidades distintas dentro de una misma geografía. Las experiencias de transformación en el campo de la protección social en salud como las aplicadas en Chile con un modelo desregulado, Colombia con la Ley 100 y México con el Seguro Popular - o el caso de los modelos mixtos integradores exitosos como Costa Rica y Uruguay - han permitido observar las marchas y contramarchas resultado tanto del mayor o menor compromiso de las fuerzas políticas como de las presiones corporativas de las organizaciones sindicales y de los financiadores y proveedores de servicios que no pueden ponerse de acuerdo para construir Políticas de Estado en los temas sociales (Del Prete, 2016). Si bien la mayoría de los países han optado por mantener, en mayor o menor grado, un sistema con eje bismarckiano en el que existe un componente subsidiado en paralelo con otro financiado total o principalmente con aportes de la nómina salarial, los beneficiarios siguen encontrando dificultades de acceso a diferentes redes de proveedores, así como al paquete de beneficios establecido y a la calidad con que se presta la atención de la enfermedad. De allí que más allá de ciertos interrogantes que aún circundan el escenario sanitario de las Américas en tiempos de turbulencias económicas post pandemia, no le quitan mérito a la necesidad de avanzar en el esfuerzo necesario para reformular los modelos de protección de la salud desde una concepción universalista, una mejor política sanitaria, un adecuado financiamiento y una eficiente gestión. Teniendo en cuenta que la experiencia de financiación de la salud por la vía de instrumentos de mercado no permitió cumplir con ningún objetivo vinculado a mayor equidad.

Los desafíos futuros de la protección social en salud en América Latina se pueden establecer a partir de tres objetivos que se caracterizan por ser interactivos: cobertura y accesibilidad, suficiencia financiera y sustentabilidad en el tiempo. El primero delimita la población que será alcanzada por la protección de los riesgos sanitarios y financieros y el acceso efectivo a prestaciones garantidas. El segundo refiere al nivel de recursos disponibles, sean contributivos o no contributivos. El tercero - finalmente - responde al mantenimiento en el tiempo del flujo necesario de recursos financieros para garantizar una cobertura a futuro sin riesgos. Considerando estos objetivos ¿Qué es lo que necesitan hoy los sistemas de salud y seguridad social en América Latina y el Caribe? ¿Más Estado o más mercado? Quizás la mejor síntesis viene de la pluma del notable escritor y diplomático mexicano, Carlos Fuentes, en su prólogo al “Informe de la Comisión Latinoamericana y del Caribe sobre desarrollo social” de 1995. En el mismo, supo precisar con claridad que “Sin un modelo social que alcance a la sociedad toda, no se podrá mantener el equilibrio deseado entre el mercado y el Estado, por más fórmulas economicistas que se apliquen...” De allí que básicamente, lo que se necesita es mejor Estado y mejor mercado.

En principio, los modelos de “competencia gestionada” o de “mercado planificado” incorporados desde la visión económica tradicional solo dieron lugar a un incremento del costo directo de los asegurados/usuarios respecto de la financiación de la atención médica,

tanto como a fuertes inequidades a la hora de recibir los servicios. Condiciones por cierto francamente regresivas. En forma paralela, se observaron evidencias respecto de la presión de la industria farmacéutica, del incremento de las ganancias del conjunto de industrias vinculadas a la salud y de la exacerbación del fin de lucro en las aseguradoras privadas. Y surgieron advertencias respecto a que los resultados sociales en el campo de la salud están mejor garantizados bajo el ámbito de lo público y de la seguridad social y no de su mercantilización, que ha demostrado ampliamente ineficacia e ineficiencia para dar respuestas a las problemáticas colectivas. (Del Prete, 2016). Además de profundizar las inequidades y aumentar el gasto de bolsillo. Se hace más evidente la necesidad de avanzar hacia esquemas de tipo universal e integrados, que permitan brindar respuesta al conflicto salud/enfermedad con mejor impacto a partir de ofrecer sistemas de protección social que garanticen el acceso a la salud a todos los ciudadanos más allá del perfil de su inserción laboral. Precisamente, porque si se observan los datos económicos, la tasa de ocupación promedio se redujo en la región cerca de 6 puntos porcentuales entre 2019 y 2020, pasando de 57,4 por ciento a 51,7 por ciento (CEPAL, 2022).

Esto lleva a analizar también el problema de la persistencia de un conjunto de factores que estructuran la desigualdad, como las cuestiones de género, la edad o etapa del ciclo de vida, el tipo de inserción laboral, los gradientes educativos y especialmente el acceso a la salud, bajo situaciones que se entrecruzan y potencian entre sí afectando particularmente a determinados grupos de la población. Y dando lugar a núcleos de exclusión en diferentes dimensiones. La necesidad de encontrar nuevos caminos de financiamiento equitativo para la seguridad social y la atención de la salud, más allá de la condición de informalidad laboral y exclusión social, no solo surge como imperativo ético. Exige despojarlos de ortodoxias y reduccionismos para abordar las mejores reflexiones respecto de las situaciones a enfrentar, la profundidad de los cambios necesarios y sus obligadas complejidades.

En el contexto de esta situación, la Seguridad Social tradicional ya no puede seguir apareciendo como el único aglutinador del progreso social. Por el contrario, se reconfigura como una parte más dentro de un amplio sistema polimorfo, de fronteras difusas y mayor complejidad en los mecanismos de financiamiento de la sustentabilidad social, donde se entremezclan aportes y contribuciones, subsidios cruzados y transferencias no contributivas en un escenario de subocupación y precarización laboral. De esta forma, la disminución del número de aportantes no puede sino ser el preludio del desmoronamiento de la base tributaria salarial que sostenía sus cimientos. ¿Es posible que frente al desdibujamiento del sustento del modelo “*bismarckiano*” de protección social en salud en América Latina deba pensarse en otro, más cercano al “*beveridgeano*” y basado en una integración de financiamiento y prestaciones uniformes para todos los ciudadanos financiadas a partir de impuestos? En tal sentido, tampoco este modelo, salvo en Brasil (aun con dificultades), parece haberse consolidado como alternativa para todo el continente. Lo cierto es que en pleno siglo XXI, pareciera imposible pensar en refundar un sistema asegurador particularista sin el consecuente desarrollo económico sostenido, con generalización del trabajo asalariado y adecuada y racional tributación fiscal. La realidad sigue desnudando hoy que el trabajo, aun el nuevo, se va cristalizando en torno a lo informal. Y que el desarrollo económico tampoco parece orientarse necesariamente en el sentido de una mayor inversión en la protección social de la salud desde el Estado. Procurar sostener el superávit fiscal a costa de gastar solo lo que ingresa parece sugerirlo, aun a contramano de los cambios ideológicos que han aparecido en la última década.

Sin pausa pero con prisa, las actuales generaciones de trabajadores que se encuentran por fuera del esquema legal laboral tradicional siguen hipotecando su futuro previsional

y la cobertura de su salud, carentes de un crédito social a la vista. ¿No resulta acaso una contradicción perpetuar estructuras arcaicas de gestión estatal y sistemas de protección social egoístamente acotados a trabajadores “de primera” en desmedro de similares pares ocupados pero “de segunda”, en lugar de buscar nuevos instrumentos aseguradores para resolver la deuda social interior a presente y a futuro? ¿Es lógico mantener a todos los sin cobertura como viajeros sin boleto (*free riders*), cuando algunos pueden e inclusive quieren hacerse cargo de un “boleto social”? Tal vez lo que deba refundarse sea el principio filosófico de la solidaridad - bastante devaluado por cierto - donde quien pueda aportar mínimamente - aunque no sea trabajador formal - lo haga proporcionalmente a sus ingresos, compensando el uso ineficiente de subsidios estatales que se desvían de quienes efectivamente más los necesitan por su condición de pobreza o indigencia.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

Myrdal, Gunnar. Contribución a una teoría más realista del crecimiento y el desarrollo económicos *El Trimestre Económico*. Vol. 41, No. 161(1) (Enero-Marzo de 1974), pp. 217-229 (13)

Martin Martin, J. y López del Amo, La medida de la eficiencia en las organizaciones sanitarias. *Presupuesto y Gasto Público* 49/2007: 139-161, Instituto de Estudios Fiscales. 2007

CEPAL. Panorama Social de América Latina 2019. Santiago. Chile 2020

CEPAL. Panorama social de América Latina 2021. Santiago. Chile. 2022

Maurizio, R. Empleo e informalidad en América Latina y el Caribe: una recuperación insuficiente y desigual. OIT. Setiembre 2021

Dmytraczenko, T y Almeida, G. Hacia la cobertura universal en salud y la equidad en América Latina y el Caribe. Grupo Banco Mundial-OPS-OMS. Washington. 2017

CEPAL. Panorama de la protección social en América Latina y el Caribe: Avances y retrocesos ante la pandemia. Octubre 2021

Cid, C. y Marinho M.L. Dos años de pandemia de COVID-19 en América Latina y el Caribe. CEPAL. Santiago. Chile. 2022

Del Prete, S. Sistemas de Salud comparados. Entre reformas y encrucijadas. Editado por CIESS. México. 2016

Ives, G., Berniell, L., & de la Mata, D. (2021, August 17). Retos de los sistemas de protección social y salud en el marco de la crisis del COVID-19 y a futuro. Caracas: CAF. Retrieved from <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/1772>

Naciones Unidas. La universalización de la protección social en América Latina debe ser sistémica y fiscalmente sostenible. <https://news.un.org/es/story/2021/11/1500682>

Tittelman, D. y Uthoff, A. El papel del aseguramiento en la protección social. *Revista de la CEPAL*. 103:122. Diciembre 2003.

**LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN ESPAÑA TRAS LA  
REFORMA DE 2021: LA RECUPERACIÓN DEL IPC COMO GARANTÍA DE  
SU SUFICIENCIA Y ACTUALIZACIÓN PERIÓDICA**

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

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

Universidad de La Laguna

SUMARIO:

1. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN EL CONTEXTO DE UNA REFORMA ESTRUCTURAL: RASGOS SIGNIFICATIVOS DE LA REFORMA DE 2021 Y RECUPERACIÓN DEL “ESPÍRITU DE 2011”
2. LA REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES EN LA LEY 21/2021: SUFICIENCIA DE LAS MISMAS Y GARANTÍA DEL PODER ADQUISITIVO DE LA POBLACIÓN PENSIONISTA



## 1. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN EL CONTEXTO DE UNA REFORMA ESTRUCTURAL: RASGOS SIGNIFICATIVOS DE LA REFORMA DE 2021 Y RECUPERACIÓN DEL “ESPÍRITU DE 2011”

La revalorización de las pensiones constituye, sin duda alguna, uno de los aspectos socialmente más controvertidos y políticamente difíciles de manejar, pues los cambios de ciclo económico, las oscilaciones de los salarios, las tendencias demográficas y los equilibrios económico-financieros internos del sistema de la Seguridad Social impactan en gran medida en aquella.

La reforma de la Seguridad Social operada mediante la aprobación de la *Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones* (BOE del 29) ha venido a efectuar una modificación de hondo calado en la definición y configuración de múltiples aspectos absolutamente centrales de nuestro sistema de Seguridad Social, entre ellos el de la revalorización de las pensiones. Una operación de reforma que por su dimensión y alcance ha sido acertadamente calificada de esencial y estructural<sup>1</sup>.

Cabe señalar en principio y con carácter general cuáles han sido los grandes rasgos definitorios del proceso reformador del año 2021: por una parte, el elevado grado de consenso del que se acompaña esta frente a las últimas acometidas en el año 2013, que fueron impuestas unilateralmente por el gobierno de aquel momento; por otra, su propia orientación, que presenta indudablemente carácter de contrarreforma frente a la de 2013 (especialmente en el ámbito de la revalorización de las pensiones y de los mecanismos de garantía de la sostenibilidad financiera del sistema) por lo que en ella hay implícita y explícitamente una recuperación del “espíritu de 2011”.

La Ley, y ese sería un elemento muy favorable a destacar, ha estado precedida de un doble consenso: político y social. El “consenso político” hunde sus raíces en la aprobación del *Informe de evaluación y reforma* presentado por la Comisión del Pacto de Toledo por parte del Congreso de los Diputados, aprobado con fecha de 19 de noviembre de 2020 (BOCCGG, 10 de noviembre de 2020). Este consenso político resulta esencial para proceder a la revisión del régimen público de pensiones que puede ser considerado como una de las instituciones más sólidas del Estado social, como uno de los bastiones mejor consolidados del Estado de bienestar y que ha venido gozando de un amplio respaldo por parte de las distintas fuerzas parlamentarias a la hora de proponer medidas para su mejora, modernización y sostenibilidad. Por otra parte, ha dispuesto de un relevante grado de “consenso social” alcanzado en el verano de 2021 con el *Acuerdo relativo a la modernización y refuerzo del sistema público de pensiones* (1 de julio de 2021) suscrito por el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME, un consenso que le confiere, como ya ha quedado expresado, una evidente “legitimidad social”<sup>2</sup>. Este soporte del diálogo social previo y la conclusión del citado Acuerdo aportan un fuerte bastión a la reforma de 2021, algo verdaderamente fundamental en un modelo como el nuestro en el cual el peso del

<sup>1</sup> Cruz Villalón, J. “El acuerdo social en materia de pensiones: una tendencia a la prolongación de la vida laboral y al retraso de la jubilación”, Blog del autor, de 3 de julio de 2021.

<sup>2</sup> López Gandía, J., “La reforma de las pensiones (Comentarios al Proyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones)”, NET21, núm. 6, 2021, p. 1.

brazo contributivo del sistema obliga a contar con los agentes económicos y sociales que contribuyen eficazmente a su sostén económico<sup>3</sup>.

No es menos cierto que vicisitudes sobrevenidas con posterioridad, como el Acuerdo bilateral suscrito por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas con fecha de 15 de noviembre de 2021 *sobre la creación del mecanismo de equidad intergeneracional en el sistema público de pensiones*<sup>4</sup>, han permitido engrosar sus contenidos especialmente en lo que atañe a la sostenibilidad financiera “y social” del futuro del sistema. La ulterior tramitación en sede parlamentaria permitiría completar todo el corpus normativo de la reforma con carácter definitivo habiendo entrado en vigor la Ley 21/2021 con fecha de 1 de enero de 2022.

De conformidad con lo expresado en su Exposición de Motivos, la Ley trata de alcanzar tres grandes objetivos: a) asegurar el poder adquisitivo de las pensiones, b) reforzar la sostenibilidad financiera “y social” del sistema de pensiones, y c) lograr un mejor ajuste entre la edad real de jubilación y la edad ordinaria debido al progresivo envejecimiento de la población, que alcanzará previsiblemente en el año 2050 el número más elevado de pensionistas de jubilación en España.

Desde otro punto de vista, y ese constituye sin duda otro aspecto distintivo del proceso reformador culminado a finales de 2021, la citada Ley evidencia una clara orientación de *contrarreforma* respecto de los profundos cambios que se inocularon al sistema en el año 2013: la propia Exposición de Motivos tilda a aquélla de “*orientación fallida*”, debido a que todos los ajustes realizados incidieron directamente en la reducción del gasto en pensiones y prestaciones, sin consideración alguna por la mejora y el mayor allegamiento de ingresos para asegurar su sostenibilidad económica y financiera. Con tales premisas, la Ley 21/2021 va a introducir potentes mecanismos de mayor provisión de ingresos a la Seguridad Social. Como es sabido, nuestro sistema desde el punto de vista de su financiación responde a un modelo *híbrido*<sup>5</sup>, en cuanto que se nutre de aportaciones privadas (vía cotización) y públicas (vía transferencias del Estado) y así viene desarrollado por el art. 109 LGSS, el cual señala las diferentes fuentes que permiten allegar recursos económicos al sistema. En tal sentido, la reforma de 2021 actúa mejorando el nivel de financiación proveniente del Estado, que pasa a sufragar pensiones de clara naturaleza contributiva, como las de nacimiento y cuidado del menor, el nuevo complemento para combatir la brecha de género en pensiones, pensiones y subsidios “en favor de familiares” y la pensión de orfandad cuando la causante de la misma haya sido una mujer víctima de violencia de género (Disposición Adicional trigésima segunda, apartado 1, párrafo segundo LGSS). A tal efecto, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado deberán señalar el *importe* de las pensiones de la Seguridad Social que son financiadas vía transferencias del Estado que, además, asumirá el coste de “los beneficios y exenciones en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, el coste del reconocimiento de la prestación anticipada de jubilación por aplicación de coeficientes reductores cuando no se haya previsto cotización adicional, el coste de la integración de los periodos no cotizados en la determinación de la base reguladora y de la cuantía de las prestaciones del sistema, las reducciones legalmente establecidas en la cotización a la

<sup>3</sup> Ramos Quintana, M. I., Reforma de la Seguridad Social y digitalización, en AAVV., *Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales*, XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 124.

<sup>4</sup> Manteniéndose las organizaciones empresariales al margen de su firma, *vid.* Palomeque López, M.C., “Derogar la reforma laboral o dejar de hacerlo, ¿cuál era la cuestión?”, Trabajo y Derecho, núm. 86, 2022, p. 4.

<sup>5</sup> González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social* (15ª edición), Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 166.

Seguridad Social, el coste de la pensión de jubilación anticipada involuntaria en edades inferiores a la edad ordinaria de jubilación, así como el incremento de la cuantía de las prestaciones contributivas sujetas a límites de ingresos” (Disposición Adicional trigésima segunda LGSS, apartado 1).

Por otra parte, la Ley 21/2021 se inclina por poner el acento en la mejora de los ingresos de la Seguridad Social, en este otro caso, fortaleciendo los recursos (menguados por su utilización indebida y para finalidades no previstas) del Fondo de Reserva de la Seguridad Social (Disposición final cuarta, Ley 21/2021). El Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI), del modo en que ha quedado configurado, permite desplazar al Factor de sostenibilidad tal y como fue desarrollado por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre *reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social* (BOE del 26)<sup>6</sup> con el fin de sustituir la aplicación del coeficiente reductor (de 0 a 1) en la cuantía de la pensión de jubilación en función de la evolución de la esperanza de vida en nuestro país que dicho Factor vino a exigir -responsabilizando en exclusiva a la población pensionista de la sostenibilidad económica y financiera del sistema en relación con la pensión de jubilación-. El MEI deroga el Factor de sostenibilidad y -en su primer componente- lo sustituye por una cotización adicional del 0.6 por ciento (con cargo a la empresa y las personas trabajadoras) de carácter finalista, esto es, para ser ingresada al Fondo de Reserva de la Seguridad Social cuya aplicación se producirá a partir de 1 de enero de 2023 y hasta 31 de diciembre de 2032. A partir de esa fecha –segundo componente- sobrevendrán revisiones y en su caso medidas de ajuste (Disposición final cuarta Ley 21/2021). Por consiguiente, el centro de gravedad se sitúa en el fortalecimiento de los ingresos de la Seguridad Social para garantizar no solo la sostenibilidad “económica” sino también para asegurar una sostenibilidad “social” por medio de una fuerte dosis de solidaridad intergeneracional proyectada específicamente sobre los nuevos contornos jurídicos de la pensión de jubilación.

Como pensión vitalicia y de alto coste en el sistema, la reforma pone el foco de atención en la jubilación, especialmente para realizar los “alineamientos necesarios imprescindibles para asegurar la sostenibilidad del sistema acercando la edad real a la edad ordinaria de jubilación” (EM Ley 21/2021), acentuando particularmente los coeficientes reductores de la jubilación anticipada tanto cuando lo es de forma voluntaria como involuntaria (nueva redacción de los arts. 207 y 208 LGSS, específicamente sobre estas dos modalidades de jubilación).

## **2. LA REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES EN LA LEY 21/2021: SUFICIENCIA DE LAS MISMAS Y GARANTÍA DEL PODER ADQUISITIVO DE LA POBLACIÓN PENSIONISTA**

La revalorización de las pensiones con carácter anual tiene por finalidad garantizar el mantenimiento de su poder adquisitivo y equilibrar su valor frente al incremento de los precios. Suficiencia de pensiones y revalorización son, por tanto, dos categorías jurídicas mediante las cuales se pretende dar cumplimiento a las bases constitucionales que rigen

---

<sup>6</sup> Que ya figuraba en la Ley 27/2011, de 1 de agosto *sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, así como en el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, *de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*, previéndose desde sus inicios su aplicación a partir del año 2027, una vez finalizado el periodo progresivo de retraso de la edad de jubilación ordinaria.

en esta materia y garantizar el poder adquisitivo de la población pensionista, evitando que se produzca una depreciación de la pensión inicial lo que llevaría a situaciones de aumento exponencial de la pobreza de este colectivo social.

## 2.1. Los fundamentos constitucionales de la revalorización de las pensiones y su plasmación en el ámbito jurídico de la Seguridad Social

Las bases jurídicas sobre las que se yergue el sistema de protección social definido en la Constitución como de Seguridad Social<sup>7</sup>, así como la necesidad de revalorizar las pensiones de forma periódica se construyen en torno a lo dispuesto en dos preceptos básicos de la Carta magna. Ambos vienen a establecer dos principios categóricos: *suficiencia de las mismas y actualización periódica*<sup>8</sup>. En primer lugar, de acuerdo con el principio rector de la política social y económica establecido en el art. 41, por medio del cual se asegura el “mantenimiento” de “un régimen público” de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones “suficientes” en casos de necesidad. Se trata de una exigencia constitucional dirigida a los poderes públicos a fin de que se ocupen de asegurar no solo la asistencia y las prestaciones sociales, sino, en particular, de su “suficiencia”. Por otra parte, el art. 50 CE obliga a los poderes públicos garantizar “pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”, lo que ha venido a ser caracterizado como verdadera *garantía institucional*<sup>9</sup> de su “suficiencia económica” de las mismas para los ciudadanos y ciudadanas “durante la tercera edad”. En tanto que *garantía institucional*, la actualización del valor económico de forma periódica de las pensiones se erige en un límite indiscutible a la actuación del legislador ordinario<sup>10</sup>, que se ve constreñido a proceder a su revalorización de forma periódica con el fin de que la población pensionista no vea mermada su capacidad adquisitiva. En consecuencia, “la Seguridad Social, tal y como está recogida en la Constitución, está dotada de unos rasgos básicos cuya preservación es también función del Tribunal Constitucional, dando al art. 41 CE un valor definitorio que muchos han negado hasta hacerlos irrelevantes”<sup>11</sup>. La revalorización anual de las pensiones en España desde la promulgación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social (BOE del 16), conforme a lo dispuesto en su art. 11, se ha venido realizando conforme a la evolución del IPC. Esa fue la fórmula legal considerada como idónea para

<sup>7</sup> Sobre las bases constitucionales de la Seguridad Social, *vid.* en conjunto la obra de Sánchez-Urán Azaña, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

<sup>8</sup> Igualmente, la revalorización de pensiones con el objeto de garantizar su suficiencia figura en el Convenio núm. 102 de la OIT (Seguridad Social, norma mínima), el cual exige a los Estados proceder a su revisión “cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida” (art. 65.10). *Vid.* Monereo Pérez, J.L. y otros, *Manual de Seguridad Social* (decimosexta edición), Tecnos, Madrid, 2020, p. 210.

<sup>9</sup> Que el art. 41 CE contiene una garantía institucional al referirse a “un régimen público de Seguridad Social” es algo que fue objeto de atención y análisis desde las primeras interpretaciones del texto constitucional: *vid.* Rodríguez-Piñero, M. y González Ortega, S., “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, IELSS, Madrid, 1985, pp. 271 y ss.; Álvarez de la Rosa, M., “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982, p. 76 y ss; Ojeda Avilés, A., La garantía de un régimen público de Seguridad Social en AAVV. *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2006, pp. 927-968.

<sup>10</sup> Sobre tales límites y la configuración de un auténtico “derecho” a la revalorización, *vid.* en conjunto la obra de Suárez Corujo, B., *El derecho a la revalorización de las pensiones*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2018.

<sup>11</sup> Cita textual de González Ortega, S. en el Prólogo al libro de Valdeuza Blanco, M<sup>a</sup> D., *La Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 27-28.

ajustar la cuantía de las pensiones a los cambios fluctuantes de la inflación<sup>12</sup>. Y junto con el mecanismo de revalorización se contempló igualmente el de *actualización* de las pensiones -que es complementario al anterior-: esto es, cuando el IPC acumulado del ejercicio anterior al que se refiere la revalorización haya sido superior al inicialmente previsto, procederá efectuar la correspondiente actualización (materializada, como ya es sabido, en una paga adicional específica a comienzos del año siguiente)<sup>13</sup>.

El mecanismo de revalorización según la evolución del IPC se consolidó a partir de ese momento. No obstante, comenzó a ser sometido a fuertes tensiones a partir de la crisis de 2008 y sus consecuencias devastadoras sobre el empleo y el mayor reclamo de prestaciones al sistema. En el año 2011, la Comisión del Pacto de Toledo llegó a sugerir otras posibles fórmulas de revalorización<sup>14</sup> y el Gobierno en aquel momento procedió a la suspensión de su aplicación -con la excepción de las prestaciones más bajas de sistema (las no contributivas, las contributivas que reciben complementos a mínimos y las del antiguo régimen del SOVI no concurrentes con otras) de conformidad con lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE de 24), art. 4.Uno.

A pesar de que la inflación registrada en el año anterior fue de un 2,9 por ciento, el Gobierno del Partido Popular recién constituido a finales del año 2011, procedió a revalorizar las pensiones en un 1% para el año 2012, conforme lo dispuesto en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE del 31, artículo 5). Sin embargo, el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social (BOE de 1 de diciembre) ya advertía en su EM que la crisis económica obligaba a adoptar dos medidas que comportaban una notable pérdida de poder adquisitivo: a) dejar sin efecto la actualización de las pensiones en el ejercicio 2012, b) suspender la revalorización de las pensiones para el ejercicio de 2013 (art. segundo). Por consiguiente, no se abonó a los pensionistas la cantidad a tanto alzado por la suspensión de la actualización y se interrumpió para 2013 la aplicación de las reglas de revalorización.

No obstante, no es menos cierto y es preciso destacar que el Tribunal Constitucional en la STC 49/2015, de 5 de marzo avaló su adecuación al marco constitucional, siendo una sentencia que sentaría una jurisprudencia reproducida en pronunciamientos posteriores del propio TC rechazando numerosas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre la misma norma y resueltas a lo largo de 2015<sup>15</sup>.

La Ley 23/2013, de 23 de diciembre no llegó a reconocer la revalorización de pensiones atendiendo a la evolución de la inflación; por el contrario, eligió una serie de

<sup>12</sup> Textualmente, el apartado 1 del art. 48 LGSS (texto de 1994) quedaba redactado así: “Las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año”.

<sup>13</sup> El apartado 2 del art. 48 LGSS (texto de 1994) pasó a tener la siguiente redacción: “Si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior”.

<sup>14</sup> La Recomendación segunda del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 25 de enero de 2011, se manifestaba en este sentido.

<sup>15</sup> Véase el análisis exhaustivo y riguroso realizado al respecto por Valdeuza Blanco, M<sup>a</sup> D., *La Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 430-433.

variables paramétricas escogidas de forma completamente alejada del aseguramiento del mantenimiento de la capacidad adquisitiva vinculando la actualización de las pensiones a la evolución de las cuentas de la Seguridad Social: mientras hubiese déficit solo podrían elevarse un 0,25% anual. La nueva técnica paramétrica estaba orientada a conseguir un recorte indirecto de pensiones: introdujo una revalorización automática del 0,25% anual que se aplicaría, además, en el umbral temporal comprendido entre 2014 y 2019, conforme quedó establecido en su art. 7. En realidad, el índice del 0,25% sufrió una serie de vicisitudes en su aplicación a lo largo del tiempo: quedó suspendida su aplicación en 2018 y cuando culminó aquel año tampoco se acordó en el Pacto de Toledo ningún nuevo mecanismo de revalorización para el quinquenio 2019-2024.

Finalmente, antes los cambios políticos producidos en nuestro país, para los años 2019, 2020 y 2021 las pensiones comenzaron a ser revalorizadas de nuevo conforme al IPC estimado al inicio de cada año, por iniciativa emprendida tras el cambio de Gobierno de España:

Para 2019, el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (BOE del 29) procedió a revalorizar igualmente en un 1,60 por ciento. Las mínimas y las no contributivas, en un 3%. La subida del 1,60 por ciento representaba seis décimas más que la previsión del IPC por el Gobierno (1%), lo que permitía recuperar parte del poder adquisitivo perdido en los años anteriores.

Para 2020, el Real Decreto-ley 1/2020, de 14 de enero, por el que se establece la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social (BOE del 15) procedió a la revalorización efectiva para dicho año en un porcentaje del 0,9 por ciento, así como un incremento en la cuantía de las pensiones mínimas (contributivas y no contributivas) en un 3 por ciento.

La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (BOE del 31) en su artículo 9 previó su revalorización para el año 2021 en un 0,9 por ciento. La técnica legislativa empleada consistía en suspender la aplicación del art. 58 LGSS (en redacción proveniente del TR de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, BOE del 31) recurriendo al IPC, pero sin modificar ni derogar dicho precepto legal, manteniendo intacta su redacción proveniente de la Ley 23/2013.

## **2.2. Recuperación del IPC como mecanismo para garantizar la suficiencia de las pensiones en la reforma de 2021 y una garantía añadida: la *irregresividad* de la cuantía de la pensión**

La Ley 21/2021 ha venido a dar un paso al frente reconduciendo lo que hasta ese momento había sido acción gubernamental al marco normativo general de la Seguridad Social: la norma procede a dar nueva redacción al art. 58 de la LGSS de conformidad con lo propuesto en la Recomendación segunda del Pacto de Toledo (Informe 2020). En consecuencia, a partir de 2022, *“las pensiones de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior”* (nuevo apartado 2 del art. 58 LGSS en redacción dada por el Artículo 1. Uno de la Ley 21/2021).

Como novedad, reproduciendo la técnica garantista ya introducida anteriormente por el Real Decreto-Ley 1/2020, se incorpora a la legislación general de la Seguridad Social la *garantía de la conservación de la cuantía de la pensión ya reconocida*, en tanto *principio de irregresividad* en la protección social: cuando se produzca un año de IPC negativo (su valor medio), las pensiones quedarán inalteradas, es decir, *“el importe de las pensiones no variará al comienzo del año”* (apartado 3 del art. 58 LGSS ya modificado). En todo caso, el importe de la revalorización anual tendrá un límite: *“no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular”* (apartado cuatro del art. 58LGSS ya modificado). De ese modo, la ley general presupuestaria se erige en marco normativo determinante del valor íntegro anual de la cuantía de la operación de revalorización. Es novedosa la evaluación periódica de este mecanismo de revalorización de las pensiones, que se realizará en el marco del diálogo social cada cinco años (Art. 1. Diecisiete por el que se añade nueva Disp. Adicional trigésima novena a la LGSS). Probablemente, un escenario como el actual de incremento progresivo del IPC (pasando de un 0.6 puntos porcentuales en 2020 a 6.1 puntos porcentuales en enero de 2022) no fue considerado por el legislador en los momentos de la elaboración de la reforma. Algunas voces reconocidas han señalado que, de prolongarse una situación así -entre otras cosas por el impacto económico de la guerra de Ucrania-, debería considerarse la introducción del algún tipo de modulación al respecto, considerando incluso la posibilidad de no abonar la compensación anual (actualización)<sup>16</sup>.

Además, la Ley 21/2021 contempla una medida específica en relación a la suficiencia de las pensiones mínimas: se llevará al ámbito del diálogo social *“una revisión de los criterios para la determinación de las cuantías de las pensiones mínimas”* en aplicación de lo dispuesto en el art. 50 CE y, asimismo, del artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea<sup>17</sup>. Se establece asimismo el compromiso del Gobierno de presentar en el plazo máximo de un año las modificaciones normativas precisas *“para establecer reglas relativas a la evolución de las pensiones mínimas que tengan en cuenta la evolución del salario mínimo interprofesional, garantizando la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones”* (Disposición Final quinta apartados uno y dos). Medidas, como se puede apreciar, claramente orientadas a la sostenibilidad “social” del sistema observado en su conjunto.

A los sujetos protegidos por el Régimen de Clases Pasivas del Estado se extiende igualmente el nuevo mecanismo de revalorización de pensiones; el Artículo 2. Uno de la Ley 21/2021 modifica el artículo 27 de Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (BOE de 27 de mayo), por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado en los términos siguientes: a) principio de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de pensión mínima, y

<sup>16</sup> Tortuero Plaza, J. L., “Reflexiones sobre la nueva implantación del sistema de revalorización y garantía de las pensiones y su aplicación en 2022. Alerta a navegantes”, NET21. 10 de marzo de 2022, p. 4 y 5.

<sup>17</sup> Sin olvidar que el art. 12 de la Carta Social Europea revisada impone a los Estados parte en la misma obligaciones jurídico-positivas de actuación, vid. Monereo Pérez, J.L., “Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 460, 2021 (monográfico), en particular, pp. 132-138. Asimismo, sobre el valor de la ratificación por España del Protocolo de Reclamaciones Colectivas desde la perspectiva de la protección multinivel de los derechos sociales, vid. Molina Navarrete, C., “España ratifica la Constitución Social de Europa”: ¿adiós “cenicienta”; bienvenida “princesa” (no solo de pobres)?”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 460, 2021 (monográfico), p. 5 y ss. Igualmente, Salcedo Beltrán, C., “La autorización de la firma del Protocolo de Reclamaciones Colectivas: un premio para los derechos sociales”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), 58, 2021, p. 199-217, elogiando el refuerzo que supone para la aplicación de la “doctrina” del Comité Europeo de Derechos Sociales.

los haberes reguladores aplicables para la determinación de la cuantía de las mismas, b) revalorización al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior, c) si el valor medio del año anterior fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año, d) aquellas que no alcancen el importe mínimo de protección, establecido en atención a su clase en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico, podrán ser complementadas hasta dicho importe, en los términos y en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que sus beneficiarios residan en territorio español, e) el importe del complemento económico en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva y será incompatible con la percepción por el pensionista de ingresos anuales superiores a los fijados al efecto por la citada ley.

Definitivamente, en cuanto a la *revalorización*, para el año 2022 queda suspendida la aplicación del art. 58 LGSS (ya reformado) y su homónimo, art. 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado; por el contrario, se aplicará lo dispuesto en el T. IV de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (BOE del 29) y disposiciones concordantes, conforme establece su Disposición Adicional cuadragésima quinta. La citada ley no establece el porcentaje de incremento, como en otros años, sino el procedimiento a seguir para revalorizarlas. Los criterios a seguir vienen fijados, básicamente, en los preceptos 36 y 40 de la misma: las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, así como las pensiones de Clases Pasivas del Estado, experimentarán en el año 2022 un incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre de 2021. En consecuencia, la revalorización para el año 2022 se ha regulado de manera específica por el RD 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022 (BOE del 26). La citada norma procede a efectuar una compensación a los pensionistas de la modalidad contributiva por la desviación producida entre la evolución real del IPC en el ejercicio 2021 y el porcentaje de revalorización inicialmente practicado en dicho ejercicio económico. Esta última actualización, cuyo ámbito se extiende al Régimen General, de Clases Pasivas del Estado y otras prestaciones sociales públicas, ha quedado fijada en un 2,5%<sup>18</sup>. Téngase en cuenta que la Ley 22/2021, de 28 de diciembre dejó establecido que la revalorización de las pensiones no contributivas sería directamente del 3% para el ejercicio de 2022.

Por otra parte, la *actualización* de las pensiones correspondiente al período comprendido entre los meses de diciembre de 2020 a noviembre de 2021, ha permitido a los pensionistas recibir, antes del 1 de abril del 2022 (único pago), una cantidad equivalente a la diferencia entre la pensión o prestación que percibieran en 2021 y la que hubiere correspondido de haber aplicado a las cuantías de 2020 un incremento porcentual igual al valor medio de los incrementos porcentuales interanuales del IPC producido en dichos meses (siempre que el valor medio resultante sea superior al 0,9 por ciento<sup>19</sup>). Con iguales parámetros se actualizan también las pensiones no contributivas. Todo ello,

<sup>18</sup> El aumento del 2,5% para 2022 se obtiene como resultado del índice de precios de consumo (IPC) medio entre diciembre de 2020 y noviembre de 2021, según indica la fórmula acordada con los agentes sociales el pasado mes de julio e incluida en la Ley 21/2021.

<sup>19</sup> Porcentaje de incremento anual complementario con respecto a las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social y Clases Pasivas.



en aplicación de los dispuesto en el Real Decreto-Ley 30/2021, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (BOE del 23), norma en la que, entre otras materias, se incluyeron las bases para la actualización de las pensiones en 2022.

Como reflexión conclusiva, es necesario destacar el acierto de una reforma que en materia de revalorización de pensiones trata de recuperar parte del poder adquisitivo perdido por la población pensionista en los años de aplicación de las políticas de austeridad y contención del gasto en pensiones. Los avances producidos al recuperar la evolución de los precios para medir la suficiencia de las pensiones es una medida realista: compensar a la ciudadanía por el deterioro del poder adquisitivo y la consiguiente precarización de condiciones de trabajo y de vida, ya por la devaluación salarial padecida en aquellos años (2012-2018), ya por la disminución drástica del grado de protección de la Seguridad Social soportada al mismo tiempo, no es más que una operación que en rigor puede calificarse de orientada hacia mayores niveles de sostenibilidad y de justicia social.

**RETOS Y MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LA  
CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS DE SALUD RESILIENTES, EFICIENTES Y  
SOSTENIBLES**

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

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

Universidad de Granada

SUMARIO:

1. LAS TENSIONES DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SALUD: LOS RECORTES DEL GASTO PÚBLICO, LA PRIVATIZACIÓN Y LA PRESIÓN DERIVADA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19
2. REFORMAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR SISTEMAS DE SALUD RESILIENTES, EFICIENTES Y SOSTENIBLES

## 1. LAS TENSIONES DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SALUD: LOS RECORTES DEL GASTO PÚBLICO, LA PRIVATIZACIÓN Y LA PRESIÓN DERIVADA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

Para hacer frente a los problemas de salud pública que hoy día son comunes en la mayor parte de los países europeos (tales como las enfermedades crónicas, la morbilidad múltiple u obesidad y problemas de salud mental) y a las situaciones de crisis sanitarias derivadas de pandemias como la vivida actualmente se requiere que los distintos modelos de sistemas de salud sean sostenibles y sean resistentes.

Ya el *Informe sobre la Salud en el Mundo. La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal* (OMS, 2010) ponía el acento en esta cuestión. Partiendo de que la buena salud es fundamental para el bienestar humano y para el desarrollo económico y social sostenible, la OMS fija el objetivo de “desarrollar los sistemas de financiación sanitaria para garantizar que todas las personas puedan utilizar los servicios sanitarios mientras están protegidas contra las dificultades económicas asociadas al pago de los mismos”.

En Europa la mayor parte de los países cuentan con unos sistemas de salud públicos -con distintos modelos en cuanto a su financiación y gestión y en cuanto al catálogo de prestaciones- que garantizan una adecuada protección de la asistencia sanitaria a la población. No obstante, todos los Sistemas Nacionales de Salud están sometidos a continuos debates sobre su extensión (en cuanto a las personas protegidas y en cuanto a los procedimientos y carteras de servicios incluidas en los mismos) y sobre sus límites, y especialmente respecto a su viabilidad financiera. Existen continuas tensiones entre los recursos disponibles y el progresivo incremento del gasto, en gran medida como consecuencia de la costosa incorporación de la innovación en los sistemas sanitarios (procedimientos, tecnología, fármacos...)¹.

Desde la Comunicación de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, titulada «*El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera*»², la Unión Europea proponía tres objetivos a largo plazo: el acceso a la atención sanitaria para todos, un alto nivel de calidad de la oferta de asistencia y la sostenibilidad financiera de los sistemas nacionales de la salud. Y en relación con el objetivo de la sostenibilidad financiera se destacaba que la presión en alza de los costes de la asistencia sanitaria se hace sentir independientemente del modo en que se organicen los sistemas de asistencia médica de los Estados miembros, señalando que éstos, desde el comienzo de los años 90, han llevado a cabo reformas basadas en dos elementos principales: a) la regulación de la demanda, mediante el aumento de las cotizaciones o una creciente cobertura de los gastos por parte del consumidor final; b) la regulación de la oferta, a través del establecimiento de presupuestos o dotaciones fijas para las prestaciones de asistencia, y la dotación de un carácter «contractual» a los compradores y proveedores de atención sanitaria. Sin embargo, frente a los retos de los sistemas públicos de salud no se pueden llevar a cabo medidas con efectos a corto plazo,

¹ Vid. el interesante y profundo estudio del profesor Félix Lobo: *La economía, la innovación y el futuro del Sistema Nacional de Salud*. Funcas, 2017.

Disponible en: <https://www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=9-08017>

² Comunicación de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, titulada *El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera* [COM (2001) 723 final - no publicada en el Diario Oficial].

sino reformas estructurales que hagan frente al objetivo de la protección de la salud sin iniquidad y de forma eficiente y sostenible.

La tensión a la que están sometidos los sistemas de salud se agravó como consecuencia de la crisis económica de 2008, que provocó un fuerte descenso en los niveles del gasto sanitario a partir de los recortes que se aplicaron, afectando principalmente al personal –con un inmediato reflejo en las listas de espera para la atención primaria y especializada y, en particular, para intervenciones quirúrgicas y en el número de camas hospitalarias disponibles- y al gasto farmacéutico. Como se reconoce en todos los informes recientes, esto ha condicionado la respuesta eficaz a la pandemia provocada por la COVID-19 y se ha agravado después.

Es innegable, como señala Monereo Pérez<sup>3</sup>, que los Sistemas Sanitarios Nacionales se encuentran en el centro de complejos debates sobre la mejora de las condiciones de la calidad de vida de la población, el control de gasto público, el uso racional de los servicios, el papel de la iniciativa privada, etc. En todo ello se plantea el “debate entre los espacios respectivos de lo público y de lo privado”, que se inclina cada vez más hacia el fomento de las diversas formas de prestación privada<sup>4</sup>, promoviendo de forma interesada una creciente desconfianza de los ciudadanos en la sanidad pública (los seguros médicos privados crecen a la par que las listas de espera en la sanidad pública). Es indiscutible que el mercado de servicios sanitarios privados ha tenido, en España como en otros países, un crecimiento extraordinario. Pese a todo, los Informes ponen de manifiesto que la población sigue confiando en la sanidad pública, especialmente para hacer frente a problemas serios de salud.

Todas las previsiones en el ámbito de la Unión Europea señalan la existencia de una continua presión sobre el gasto público en asistencia sanitaria, por lo que es imprescindible equilibrar las necesidades de asistencia sanitaria con los recursos disponibles<sup>5</sup>. Ese objetivo, como sintetiza Monereo Pérez<sup>6</sup>, se asienta en dos criterios diferenciados: Por una parte, la racionalización del coste, a través de medidas dirigidas a la reducción del gasto farmacéutico, la innovación de terapias e intervenciones que reduzcan el tiempo de hospitalización y la educación sanitaria preventiva. Por otra parte, la reducción del coste (recorte del gasto) por un menor compromiso público y privatización de las formas de organización del servicio. En esta última línea, la mayor parte de los países pusieron en práctica, sobre todo tras la crisis económica de 2008, medidas para reducir el gasto público en sanidad, especialmente reduciendo el alcance, la amplitud y la profundidad de la cobertura pública. Estas reformas hicieron recaer algunos de los costes de la atención sanitaria y los medicamentos en los hogares<sup>7</sup>.

En relación con el gasto farmacéutico, como destaca el prof. Lobo, “España se situaba, antes de la crisis, entre los países con mayor gasto público farmacéutico ‘per cápita’ del mundo, por encima de la media de la zona del euro y de países comparables

<sup>3</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Protección de la salud”, en AAVV: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L., Dirs.), Edit. Comares, Granada 2012, pp. 960-961.

<sup>4</sup> Freire Campo, J.M.: “Público y privado en la sanidad”, en *Tiempo de Paz*, núm. 142, otoño 2021, monográfico sobre *Público y privado en el nuevo papel del Estado*, coordinado por J. Vida Fernández.

<sup>5</sup> Comisión Europea (CE). *The 2015 Ageing Report. Economics and budgetary projections for the 28 EU Member States (2013-2060)*. European economy 3/2015. [Informe sobre el Envejecimiento 2015. Proyecciones económicas y presupuestarias para los 28 Estados miembros de la UE (2013-2060)]. Comisión Europea (CE). ISSN 0379-0991

<sup>6</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Protección de la salud”, *op.cit.*, p. 964

<sup>7</sup> Para el caso de España, vid. Comisión Europea: *State of Health in the EU. España. Perfil sanitario del país 2017*. Disponible en [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/state/docs/chp\\_es\\_spanish.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/state/docs/chp_es_spanish.pdf).

como Reino Unido o los nórdicos y entonces también muy por encima de la media observada para la OCDE”; datos que “sugieren un amplio acceso de la población a los medicamentos”. Desde 2009 hasta 2013 dicho gasto cayó anualmente en tasa promedio un 6,4% en términos reales; datos que “muestran que la reducción del gasto (público) en sanidad a resultas de la crisis se debe en parte a la reducción del gasto farmacéutico”<sup>8</sup>.

En un interesante estudio, Gálvez Zaloña y Lamata Cotanda<sup>9</sup> señalan que los beneficios excesivos de la industria farmacéutica provienen de los servicios de salud (el gasto excesivo en medicamentos asciende en España a más de 8.000 millones de euros anuales y en la Unión Europea a más de 70.000 millones de euros anuales), lo que tiene como consecuencia, al ser los presupuestos de la sanidad limitados, que se disminuye la dotación presupuestaria para otros elementos del sistema, afectando de manera sensible al personal de los servicios de salud (en primer lugar), a los medios de apoyo y a la dotación y renovación de instrumentos técnicos e instalaciones. Además, ponen de manifiesto que los altos precios de los nuevos medicamentos (como los nuevos medicamento oncológicos, las terapias inmunológicas o los antivirales de acción directa –AADs- para la Hepatitis C, entre otros) provocan un importante aumento del gasto farmacéutico que tensiona los sistemas de salud, poniendo en riesgo su viabilidad y creando importantes barreras para que los pacientes puedan acceder a los medicamentos que necesitan y, por tanto, vulnerando el derecho humano a la atención sanitaria<sup>10</sup>. Es, como señalan estos autores, un problema ético y de salud pública que requiere la adopción de medidas dirigidas a limitar esos precios excesivos y garantizar un acceso justo a los medicamentos y a la protección de la salud.

Destacan las fórmulas de participación de los beneficiarios en el coste de la asistencia sanitaria en distintos casos o copago, especialmente en cuanto al gasto farmacéutico<sup>11</sup>. Se ha señalado que determinadas medidas de contención del déficit relacionadas con el gasto farmacéutico como recortes de precios (por ejemplo, a través de la subasta de medicamentos o la compra de genéricos), la reorganización del copago y la exclusión de medicamentos escasamente eficaces pueden tener efectos positivos y ser útiles siempre que estén bien diseñadas. Sin embargo en algunas investigaciones se ha puesto de manifiesto que, si bien el copago redujo el consumo de medicamentos, se agrandó la inequidad del sistema sanitario aumentando el número de pacientes que no iniciaron los tratamientos prescritos o que los abandonaron después de haberlos iniciado como consecuencia del aumento del copago. Situación que afectó a las personas con rentas más

<sup>8</sup> Vid. Félix Lobo: *La economía, la innovación y el futuro del Sistema Nacional de Salud*. Funcas, 2017, pp. 130-132.

<sup>9</sup> Vid. Gálvez Zaloña, R. y Lamata Cotanda, F.: “Monopolios y precios de los medicamentos: un problema ético y de salud pública. Algunas propuestas para impedir los precios excesivos y garantizar un acceso justo a los medicamentos”. *Laboratorio de Alternativas*. Documento de trabajo 202/2019. Fundación Alternativas, p.9. <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/monopolios-y-precios-de-los-medicamentos-un-problema-etico-y-de-salud-publica>

<sup>10</sup> Como señalan Gálvez Zaloña, R. y Lamata Cotanda, F.: “Monopolios y precios de los medicamentos: un problema ético y de salud pública...”, *op. cit.*, pp. 55 y ss., el principal factor de ineficiencia en el gasto farmacéutico son los altos precios de los nuevos medicamentos cuando su coste de fabricación e I+D es muchísimo menor. “El caso de los antivirales de Acción Directa (AAD) para la Hepatitis C se mostró que los sistemas de salud están pagando (cuando pueden) más de 5.000, 10.000 ó 20.000 euros por tratamiento (según los países), cuyo coste de fabricación e I+D sería de menos de 300 euros por tratamiento. Los nuevos medicamentos para tratar la Hepatitis C llamaron la atención por su impacto económico. Pero no solo son estos. Comprobamos cómo medicamentos contra el cáncer tienen precios de más de 100.000 euros por tratamiento anual, cuando el coste es menor de 300 euros por tratamiento; o tratamientos contra el VIH/sida, con precios de más de 7.000€ por tratamiento anual, cuestan en realidad menos de 100€ por tratamiento, etc.”.

<sup>11</sup> Vid. Vida Fernández, J.: “Financiación pública y fijación del precio de los medicamentos”, en Faus Santasusana, J. y Vida Fernández, J. (Coords.): *Tratado de derecho farmacéutico: estudio del régimen jurídico de los medicamentos*. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2017, pp. 931-1040

bajas, pensionistas y enfermos crónicos<sup>12</sup>. De ahí que se propugnen “fórmulas de copago reducido, que contribuya en alguna medida a regular la demanda no necesaria, con salvaguarda de los grupos vulnerables y evitando totalmente el abandono de tratamientos por causas económicas”<sup>13</sup>, o se planteen otro tipo de medidas como financiar la sanidad pública, incluyendo los medicamentos necesarios, con una fiscalidad progresiva para que no se tenga que pagar en el momento de utilizarla<sup>14</sup>.

El *Informe de la UE “State of Health in the EU. España. Perfil Sanitario del país”, de 2019*<sup>15</sup>, arroja (antes de la pandemia) –resumidamente- las siguientes fortalezas y debilidades del sistema sanitario español:

1. Las reformas del sistema de salud de España en la última década se han visto influidas por medidas que respondían a la crisis económica en el marco del programa de estabilidad de la UE. Introducidas a comienzo de la década de 2010, estas reformas han cambiado la gobernanza del SNS (sobre todo centralizando las normas sobre gasto) y han redefinido el copago por parte de los pacientes de medicamentos y otras prestaciones adicionales.
2. El gasto sanitario en España es inferior a la media de la UE. En 2017, el gasto sanitario ascendía al 8,9 % del PIB, por debajo de la media de la UE, del 9,8 %. El porcentaje de gasto público en sanidad descendió tras la crisis económica de 2009 debido a las medidas de reducción de costes y al aumento de los copagos de los medicamentos. Ha comenzado a aumentar de nuevo en los últimos años, aunque sigue por debajo del nivel anterior a la crisis.
3. Los pagos directos, consistentes fundamentalmente en copagos de medicamentos y dispositivos médicos fuera de los hospitales, alcanzaron el 24 % del gasto sanitario total en 2017. Este porcentaje está muy por encima de la media del 16 % de la UE.
4. El número de médicos, enfermeros y otras personas empleadas en el sistema nacional de salud ha aumentado en los últimos años, pero una parte importante de ellos tienen contratos temporales, lo que aumenta la tasa de rotación del personal. En el conjunto del SNS, el 30 % de todos los empleados tenía un contrato temporal en 2017, frente al 27 % en 2012.
5. La atención primaria sigue siendo el elemento central del sistema sanitario español, proporcionando tratamientos de agudos y crónicos a toda la población y prestando servicios específicos de prevención y promoción de la salud dirigidos a niños, mujeres y personas mayores. Los médicos de familia controlan el acceso a cuidados más especializados y desempeñan un

---

<sup>12</sup> Estas consecuencias se ponen de manifiesto en una investigación realizada por el grupo Prisma del Parc Sanitari Sant Joan de Déu publicado en marzo de 2018 en la Revista BMJ Quality & Safety. También una encuesta nacional del Barómetro sanitario de 2016 puso de manifiesto que el 4,4 % de la población de España aseguró haber dejado de tomar medicamentos recetados debido a que eran demasiado caros (Vid. Comisión Europea: *State of Health in the EU. España. Perfil sanitario del país 2017*, p. 10). Vid. también Amaadachou Kaddur, F.: “Aspectos jurídicos del copago sanitario”, en AESS: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Edit. Laborum, Murcia, 2016, pp.711-718.

<sup>13</sup> Vid. Félix Lobo: *La economía, la innovación y el futuro del Sistema Nacional de Salud*. Funcas, 2017, p. 290.

<sup>14</sup> Vid. Gálvez Zaloña, R. y Lamata Cotanda, F.: “Monopolios y precios de los medicamentos: un problema ético y de salud pública...”, *op. cit.*, p. 49.

<sup>15</sup> Vid. *State of Health in the EU. España. Perfil Sanitario nacional 2019*. European Commission. OCDE. European Observatory on Health Systems and Policies [https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/state/docs/2019\\_chp\\_es\\_spanish.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/state/docs/2019_chp_es_spanish.pdf)

papel fundamental en la continuidad de la atención entre el nivel primario y secundario.

6. La atención secundaria adopta la forma de asistencia especializada ambulatoria, asistencia en régimen interno, asistencia en régimen de día o asistencia de urgencia.
7. El envejecimiento de la población y el aumento constante de las enfermedades crónicas suponen un mayor nivel de exigencia para la atención primaria. A pesar de esta presión creciente, el gasto público en los hospitales representa un porcentaje cada vez mayor del gasto público total, mientras que el porcentaje asignado a la atención primaria se estanca.
8. Las necesidades insatisfechas de servicios médicos son bajas, pero aumentan en lo referente a la atención dental. Los pagos directos son elevados debido al gasto en medicamentos y asistencia dental. Los tiempos de espera para las intervenciones quirúrgicas programadas siguen siendo un problema
9. Asimismo, se han implantado servicios de telemedicina en distintas regiones con el fin de superar las barreras geográficas y promover la continuidad de la atención. Un reto para el futuro será ampliar aquellas iniciativas que están demostrando su eficacia.

Más críticamente, la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública destaca importantes debilidades del sistema sanitario español tras años de crisis y recortes, que la pandemia ha puesto en evidencia: Una baja financiación (el gasto sanitario público se situaba en torno a 0,5-1 punto por debajo del promedio sobre el PIB de la UE y ha disminuido desde 2009 entre 0,7 y 1 punto en nuestro país; en 2018 la financiación en España por habitante fueron 1.617€ frente a 3.879 de Alemania, 3.278 de Francia o 2.275 del promedio de la UE); un número muy bajo de camas hospitalarias por 1000 habitantes que disminuyeron en más de 12.000 entre 2010 y 2018; poco personal sanitario, especialmente de enfermería; una atención primaria debilitada; escasez de material de reserva y una importante privatización; a lo que hay que sumar unas residencias con poco personal y de baja cualificación y en manos mayoritariamente del sector privado, de fondos de capital riesgo, con un mínimo control; e importantes debilidades de la coordinación entre las CCAA y el Ministerio de Sanidad a la hora de proponer y hacer operativas políticas sanitarias comunes (como se ha puesto de relieve ostensiblemente durante la gestión de la pandemia). Destacan asimismo el proceso de privatización llevado a cabo, con la habilitación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, a través de hospitales de Colaboración Público Privada, y los conciertos con laboratorios, servicios de diagnóstico por imagen y con centros sanitarios privados, a lo que se unen las desgravaciones de los seguros sanitarios privados complementarios y el escaso cumplimiento de las incompatibilidades y de la dedicación exclusiva de los trabajadores sanitarios del sistema público<sup>16</sup>.

Es claro que la pandemia de la COVID-19 ha puesto de manifiesto las fortalezas que aún mantiene el sistema público de salud de nuestro país, pero también ha evidenciado los problemas estructurales que viene arrastrando desde hace años y los retos y dificultades a

<sup>16</sup> Vid. Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública: "Propuestas urgentes para la Sanidad Pública tras la pandemia". *Salud 2000. Política Sanitaria* n° 158, Junio 2020, pp. 23 y ss.

los que se enfrenta a la hora de abordar situaciones que requieren anticipación, respuesta rápida y coordinación en cada territorio y con el resto del país.

El abordaje de la pandemia de la COVID-19 por un sistema nacional de salud, como el español, descentralizado en 17 sistemas autonómicos de salud ha sido desigual y complejo, pese a que en un determinado momento entró en funcionamiento el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (previsto en el art. 70 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y regulado en los arts. 69 y sigs. de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud), órgano de coordinación que hasta ahora no ha cumplido el objetivo de superar los desequilibrios y desigualdades territoriales sanitarias<sup>17</sup>. La respuesta sanitaria a la pandemia ha sido “hospitalocéntrica” por la desproporcionada demanda de pacientes críticos y por la dificultad de respuesta de la Atención Primaria, tras años de desvalorización y desatención por las autoridades sanitarias en las distintas Comunidades Autónomas (si bien los profesionales de Atención Primaria constataron en las primeras semanas la insuficiencia de la estrategia centrada en el hospital)<sup>18</sup>.

Además, se han planteado importantes dificultades por la falta de suministros de equipos de protección individual, los precios abusivos y arbitrarios de los medicamentos y muy especialmente de las vacunas, que ha provocado una importante movilización a nivel mundial (liderada por la OMS y diferentes Organizaciones No Gubernamentales a las que se han sumado algunos países –destacadamente, por su significación, Estados Unidos- y organismos internacionales)<sup>19</sup>.

## 2. REFORMAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR SISTEMAS DE SALUD RESILIENTES, EFICIENTES Y SOSTENIBLES

El reto de crear sistemas de salud innovadores, eficientes y sostenibles exige hoy un mejor diseño de los servicios<sup>20</sup>, intervenciones en toda la cadena de atención, mayor énfasis en la autogestión de los pacientes y una mayor vinculación entre salud y asistencia social. Para contribuir a ello se deben reconocer y desarrollar herramientas y mecanismos a escala de la Unión Europea para hacer frente a la escasez de recursos y facilitar la introducción voluntaria de innovaciones en estrategias de intervención y prevención en materia de salud pública.

---

<sup>17</sup> Vid. Díaz Aznarte, M.T.: “El Sistema Nacional de Salud y las carteras de servicios común y complementarias. Una visión crítica de la descentralización territorial en materia de asistencia sanitaria”, en Moreno Vida, M.N. y Díaz Aznarte, M.T. (Dir.): *La protección de la salud en el marco del Estado de Bienestar. Una visión nacional y europea*. Edit. Comares, Granada, 2019, pp.119 y ss. También Martínez Olmos, J.: “Los desafíos de la gestión de una pandemia en un contexto multinacional. El caso de la Covid-19”, *OPEX. Observatorio de Política Exterior Española*. Documento de Trabajo Opex Nº 106/2020. Fundación Alternativas y Ministerio de Defensa, 2020.

<sup>18</sup> Vid. Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública: “Propuestas urgentes para la Sanidad Pública tras la pandemia”. *Salud 2000. Política Sanitaria* nº 158, Junio 2020, pp. 23 y ss. Vid. en esa misma publicación el abordaje de la pandemia en Cataluña, Madrid y Canarias. <https://www.fadsp.org/documents/Salud2000/158/158POLITICASANITARIA.pdf>

<sup>19</sup> Vid. sobre el tema del monopolio de medicamentos y el actual modelo de patentes, el interesante estudio de Gálvez Zaloña, R. y Lamata Cotanda, F.: “Monopolios y precios de los medicamentos: un problema ético y de salud pública...”, *op. cit.*

<sup>20</sup> Vid. al respecto, Girela Molina, B.: *Gestión administrativa de la asistencia sanitaria en el sistema nacional de salud*. Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2014 (Tesis en acceso abierto en: DIGIBUG). Girela Molina, B.: “Situación actual y tendencias en la gestión de la asistencia sanitaria en el sistema nacional de salud”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 38, 2014; y del mismo autor, “La gestión de la asistencia sanitaria en una encrucijada”, *Revista de derecho de la seguridad social*, Nº. 4, 2015, pp. 51-74.



La *Comunicación de la Comisión Sobre sistemas sanitarios eficaces, accesibles y adaptables* de 2015<sup>21</sup> señalaba como factores necesarios para mantener servicios asistenciales accesibles y eficaces: mecanismos de financiación estables; buena gobernanza; flujos de información en el sistema; cálculo preciso de los costes de la asistencia sanitaria; y personal sanitario capaz y cualificado y motivado.

Tras la crisis de la pandemia de la COVID-19, Europa afronta ahora la recuperación sobre la base de un fuerte impulso a la agenda social para garantizar la cohesión y evitar ahondar los efectos de las políticas de austeridad adoptadas como salida a la anterior crisis económica de 2008. La Comisión Europea pretende revitalizar y fortalecer el Pilar Social Europeo junto con el Fondo Europeo de Recuperación. Con ello se pretende una salida de la crisis basada en la reducción de las desigualdades sociales y en combatir la exclusión y la pobreza, junto con la apuesta importante por el Pacto Verde, la Digitalización y la mejora de las capacidades laborales. Y dentro de ese Programa se incluye una fuerte inversión en los Sistemas de Salud para hacerlos resilientes (según la Declaración adoptada por los Veintisiete en la Cumbre de Oporto de mayo de 2021).

En España, tras la crisis sanitaria y económica derivada de la pandemia de la COVID-19, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno el 13 de abril de 2021 para la utilización de los nuevos instrumentos comunitarios de financiación Next Generation UE contempla, entre los llamados “20 programas tractores de inversión”, el “Pacto por la ciencia y la innovación. Refuerzo a las capacidades del Sistema Nacional de Salud”. Para reforzar la resiliencia, el Plan dedica un componente específico (Componente 18) a la “Renovación y ampliación de la capacidad del Sistema Nacional de Salud”, con el refuerzo de sus capacidades en varios ámbitos claves para responder a las necesidades del futuro. Las actuaciones en el marco del Plan de Recuperación se verán además complementadas por otras como el refuerzo de la atención primaria y comunitaria financiadas con cargo a REACT-EU.

La crisis sanitaria ha puesto de manifiesto la fortaleza del sistema público de salud de España, pero también ha demostrado que deben acelerarse las transformaciones para que el sistema sanitario pueda responder mejor a los retos demográficos (envejecimiento, cronicidad, dependencia, despoblación, etc.), ambientales (cambio climático, contaminación, ruido, etc.), sociales (determinantes sociales de la salud, diferencias territoriales, etc.), tecnológicos (tratamiento de datos, tecnologías disruptivas, etc.) y económicos (sostenibilidad, eficiencia, etc.) a los que se enfrenta<sup>22</sup>.

Por ello, se pretende reforzar las capacidades del Sistema Nacional de Salud, en coordinación con las Comunidades Autónomas, a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en cinco ámbitos clave para responder a la necesaria mejora de la salud de los ciudadanos: (i) fortalecimiento de la atención primaria y comunitaria, (ii) reforma del sistema de salud pública, (iii) consolidación de la cohesión, (iv) la

<sup>21</sup> *Comunicación de la Comisión Sobre sistemas sanitarios eficaces, accesibles y adaptables* Bruselas, 16.1.2015 COM(2014) 215 final/2. Aunque la Comisión Europea reconoce que conseguir unos sistemas sanitarios eficaces, accesibles y adaptables es una tarea que incumbe principalmente a los Estados miembros, en esta Comunicación expone varias iniciativas mediante las cuales la UE puede ayudar a sus decisores y establece un Plan de trabajo de la UE para lograr dicho objetivo.

<sup>22</sup> Vid. Moreno Vida, M.N.: “Retos ante el impacto de la COVID-19 en la sanidad en Europa y en España. Hacia un sistema de salud resiliente basado en la equidad, eficiencia, sostenibilidad, enfoque biosocial y digitalización”, en Monereo Pérez, Rivas Vallejo, Moreno Vida, Vila Tierno y Álvarez Cortés (Dir.): *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19*. Tomo I, pp. 261 y sigs.; Moreno Vida, M.N.: “Las transformaciones sociales y tecnológicas y su incidencia en los sistemas nacionales europeos de asistencia sanitaria: Apuntes para la reflexión”, en Moreno Vida, M.N. y Díaz Aznarte, M.T. (Dir.): *La protección de la salud en el marco del Estado de Bienestar. Una visión nacional y europea*. Edit. Comares, Granada, 2019, pp.83 y ss.

equidad y la universalidad, y (v) refuerzo de las capacidades profesionales y reducción de la temporalidad y reforma de la regulación de medicamentos y productos sanitarios.

El objetivo es preparar al Sistema para prevenir y afrontar posibles amenazas sanitarias globales como la derivada de la COVID-19 e incrementar las capacidades de salud pública y los sistemas de vigilancia epidemiológica. Asimismo, se persigue asegurar que todas las personas tengan las máximas oportunidades de desarrollar y preservar su salud y que dispongan de un sistema sanitario público, universal y excelente, sólidamente cohesionado, proactivo, innovador e inteligente y con perspectiva de género, que cuide y promueva su salud a lo largo de toda la vida. Las Reformas deben estar orientadas a la consolidación de la cohesión, la equidad y la universalidad, basada en tres pilares: (i) una nueva ley que permita avanzar en la consecución de los objetivos de universalidad, equidad y cohesión (actualmente ha iniciado ya su tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud), (ii) la reorientación de la atención de alta complejidad en el sistema sanitario, (iii) el incremento de la cartera común de servicios sanitarios públicos a prestar al conjunto de la ciudadanía.

Es necesario también el refuerzo de las capacidades profesionales del personal médico y de enfermería, con el refuerzo de sus dotaciones, la mejora de sus condiciones laborales, la potenciación de su formación y desarrollo profesional y la reducción de la temporalidad. Un primer paso se ha dado con el RD-ley 12/2022, de 5 de julio, por el que se modifica la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y se prevé aprobar un Real Decreto para mejorar el sistema de formación sanitaria especializada (MIR).

Se requiere una reforma de la regulación de medicamentos y productos sanitarios, para consolidar la prescripción por principio activo y modificar el sistema de precios de referencia, introduciendo elementos que incrementen la competencia. Así como un Plan de Inversiones centrado en equipos de alta tecnología en el Sistema Nacional de Salud; acciones para reforzar la prevención y promoción de la Salud, centradas especialmente en la promoción de estilos de vida y entornos saludables; aumento de capacidades de respuesta ante crisis sanitarias (fortalecimiento de las capacidades de vigilancia, detección precoz y respuesta rápida ante crisis sanitarias, de disposición de suministros suficientes, refuerzo de las capacidades de laboratorios e instituciones sanitarias); y “Data Lake” sanitario e impulso de la digitalización de los servicios de salud, la interoperabilidad y los servicios en red en el ámbito nacional, europeo e internacional.

En todo caso son necesarias una serie de reformas a corto y medio plazo para mejorar el Sistema Nacional de Salud:

- 1.- Prepararse ante futuras pandemias: es necesario establecer reservas estratégicas para asegurar la disponibilidad de equipamientos y suministros, mediante acuerdos de adquisición anticipada.

Las necesidades puestas de manifiesto durante la pandemia de la COVID-19 ha hecho que a lo largo de 2020-2021 se haya gestionado la necesidad de suministros y equipamientos sanitarios mediante la cooperación entre el Estado y las CCAA, a través de un Acuerdo Marco para la adquisición de material sanitario y equipos de protección individual, realizado a través del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) como órgano de contratación. También a nivel de la Unión Europea, que puso en marcha la

- capacidad estratégica *rescEU* (como una reserva europea común de equipos médicos de emergencia con respiradores, mascarillas de protección y material de laboratorio y de vacunas, mediante Acuerdos Avanzados de Compra), para ayudar a los países de la UE a hacer frente a la pandemia de coronavirus y cuya distribución es gestionada por el Centro de Coordinación de la Respuesta a Emergencias del Ministerio de Sanidad. Esto ha ido acompañado, con mucha dificultad y no demasiados resultados, por una actuación internacional, puesta en marcha a través de la iniciativa Covax Facility, liderada por la OMS y por GAVI<sup>23</sup>.
- 2.- Es necesario reforzar la coordinación y la cooperación multilateral a nivel mundial, europeo y nacional y el fortalecimiento de organismos internacionales, como la OMS o, en la Unión Europea, la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) y el Centro Europeo de Control de Enfermedades (ECDC), para desarrollar criterios de acción comunes.
  - 3.- Es necesario poner en marcha una Industria Sanitaria Pública que acabe con la dependencia de otros países. Se debe plantear la fabricación de medicamentos en industrias sin ánimo de lucro o en empresas públicas y debe considerarse de interés estratégico el desarrollo de infraestructuras para fabricación pública y/o sin ánimo de lucro de medicamentos, “de manera que los países no se vean ‘secuestrados’ en momentos críticos como las epidemias”<sup>24</sup>. Además, se debe favorecer la investigación sanitaria pública, destinando un porcentaje del presupuesto sanitario público a la investigación dentro del sistema público, acabando o limitando las plataformas público-privadas controladas por la industria farmacéutica y tecnológica y por fondos de inversión, que utilizan fondos, recursos y pacientes del sistema público para investigación generando patentes en su exclusivo beneficio<sup>25</sup> (como se ha visto en la pandemia de la COVID-19 en relación con las vacunas contra el virus).
  - 4.- Se deben reforzar las capacidades de salud pública y de los sistemas de protección de la salud. Para ello es necesario, por una parte, abandonar el “modelo gerencialista”, que pone el punto de mira en el economicismo y la supuesta eficiencia del control financiero en los sistemas públicos sanitarios. Por otra parte, también es necesario cambiar el “modelo biomédico” (que promueve la investigación y las tecnologías sanitarias como fuentes de negocio) por un “modelo biopsicosocial” que atienda las necesidades sanitarias de las personas en su entorno social<sup>26</sup>.
  - 5.- Debe existir una financiación suficiente de la Sanidad Pública, incrementándola de manera importante atendiendo al criterio de € por habitante y año para situarnos, al menos, en el promedio de la UE. Y, en relación a ello, hay que garantizar que el gasto farmacéutico crezca por debajo de los presupuestos sanitarios públicos mediante la fijación de precios acorde con los costes

---

<sup>23</sup> Martínez Olmos, J.: “Los desafíos de la gestión de una pandemia en un contexto multinacional. El caso de la Covid-19”, *OPEX. Observatorio de Política Exterior Española*. Documento de Trabajo Opex N° 106/2020. Fundación Alternativas y Ministerio de Defensa, 2020, pp. 31 y ss.

<sup>24</sup> Vid. Gálvez Zaloña, R. y Lamata Cotanda, F.: “Monopolios y precios de los medicamentos: un problema ético y de salud pública...”, *op. cit.* p. 44.

<sup>25</sup> Vid. Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública: “Propuestas urgentes para la Sanidad Pública tras la pandemia”. *Salud 2000. Política Sanitaria* n° 158, Junio 2020, pp. 23 y ss.

<sup>26</sup> Vid. Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública: “Propuestas urgentes para la Sanidad Pública tras la pandemia”. *Salud 2000. Política Sanitaria* n° 158, Junio 2020, pp. 23 y ss.

reales, la promoción del uso de medicamentos genéricos, la utilización de las centrales de compras para todo el Sistema Nacional de Salud y promocionando una industria farmacéutica pública. Además, se deben anular los copagos de los medicamentos que son un obstáculo para el acceso a los medicamentos que necesitan por parte de las personas más enfermas o con enfermedades crónicas y con menores ingresos.

- 6.- Se debe mejorar la coordinación Interterritorial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, reforzar la capacidad de gestión centralizada y reforzar el Consejo Interterritorial como coordinador de las estrategias de salud de los 17 Servicios de Salud.
- 7.- Reforzar los servicios de epidemiología ante los riesgos de nuevas epidemias contagiosas debidas al cambio climático y la globalización (Gripe A, Ebola, SARS, ZICA, Coronavirus...), tanto a nivel nacional (desarrollando plenamente la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública) como internacional, conforme al Reglamento Sanitario Internacional de 2005 adoptado en la OMS<sup>27</sup>.
- 8.- Reforzar la prevención en el ámbito de la Salud Pública (mediante el adecuado desarrollo de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y las Leyes de Salud Públicas de las distintas Comunidades Autónomas), pero sin que el papel central otorgado a la prevención en una perspectiva clínica individual y medicalizada desplace la atención médica en el marco de “intervenciones alternativas sociales y de comportamiento que tienen el potencial de lograr mayores mejoras en la salud de la población”<sup>28</sup>. El Gobierno ha anunciado ya la inminente creación de la Agencia Estatal de Salud Pública.
- 9.- Impulsar y desmedicalizar la Atención Primaria (aspecto en el que se insiste desde la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública<sup>29</sup>). El nivel asistencial de Atención Primaria ha demostrado, pese a los problemas que en los últimos años viene arrastrando, entre otras cosas por la falta de personal sanitario en los Centros de Salud debido a los recortes producidos en el gasto público desde la crisis de 2008 y a las malas condiciones laborales del personal, su capacidad para acercar los servicios asistenciales a la población

---

<sup>27</sup> El actual *Reglamento Sanitario Internacional* (RSI) se adoptó en la 58ª Asamblea Mundial de la Salud (OMS) celebrada el 23 de mayo de 2005 y entró en vigor el 15 de junio de 2007 y es un instrumento jurídico de carácter vinculante para todos los Estados Miembros de la OMS. Tiene por finalidad ayudar a la comunidad internacional a prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública, evitando al mismo tiempo, las interferencias necesarias con el tráfico y el comercio internacionales. El Reglamento vigente supuso un cambio de paradigma respecto al anterior (de 1951) al plantear que el control de las emergencias y los riesgos para la salud pública deben realizarse en su origen, a diferencia del planteamiento previo que se centraba en el control en fronteras.

Vid. Martínez Olmos, J.: “Los desafíos de la gestión de una pandemia en un contexto multinacional. El caso de la Covid-19”, *OPEX. Observatorio de Política Exterior Española*. Documento de Trabajo Opex N° 106/2020. Fundación Alternativas y Ministerio de Defensa, 2020; Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública: “Propuestas urgentes para la Sanidad Pública tras la pandemia”. *Salud 2000. Política Sanitaria* n° 158, Junio 2020, pp. 23 y ss.

<sup>28</sup> Vid. Padilla Bernáldez, J.: “Prevención: ¿aún podemos ser amigos?”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2019; 39(135): 159-175. <https://www.revistaaen.es/index.php/aen>.

<sup>29</sup> Vid. Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública: “Propuestas urgentes para la Sanidad Pública tras la pandemia”. *Salud 2000. Política Sanitaria* n° 158, Junio 2020, pp. 23 y ss. Ponen de relieve que “Durante la epidemia la Atención Primaria, allí donde ha seguido funcionando, ha jugado en papel fundamental a la hora de atender la demanda de enfermedad, diagnosticar nuevos casos, controlarlos en los domicilios o informar a las familias sobre medidas para evitar contagios. Desde los Centros de Salud se ha atendido a pacientes en residencias de mayores, y mantenido las consultas telefónicas y presenciales para diagnosticar, informar y tranquilizar a la población”.

y para garantizar una atención cercana y segura a las personas y familias que forman la comunidad gracias al conocimiento de los antecedentes personales, familiares y de su historial clínico. Pero además, en distintos ámbitos se pone de relieve hoy que hay que “desmedicalizar las consultas y satisfacer las demandas de la población, que el actual modelo transforma en enfermedades y tratamientos medicamentosos”.

Para ello es necesario reforzar el papel de la Atención Primaria en el sistema sanitario, aumentado su presupuesto, aumentando el personal sanitario (sobre todo el de enfermería, potenciando la enfermería comunitaria) y dotándola suficientemente de otras categorías profesionales como la de psicología, fisioterapia y trabajo social. También es necesario potenciar la atención domiciliaria y la atención a las personas mayores en las residencias desde la Atención Primaria. Se propugna así que la Atención Primaria “recupere su carácter comunitario mejorando su coordinación con los hospitales, servicios de salud pública, alerta epidemiológica, recursos sociales, atención a la dependencia e instituciones municipales, con la participación e implicación de la población en el marco de las Áreas Sanitarias”<sup>30</sup>.

- 10.-Otras medidas necesarias son: el incremento de las camas hospitalarias de la red de gestión pública; creación de una red de Camas de crónicos que mejore la eficiencia hospitalaria; realización a medio plazo de un plan estratégico de atención especializada para adaptarla a los nuevos retos de salud; acabar con las privatizaciones, recuperando lo privatizado y reduciendo la concertación con centros privados, limitándola a su carácter subsidiario respecto de la pública; aumentar los trabajadores del sistema público de salud, mejorando la formación de los profesionales y aumentando las plazas de formación (MIR, EIR, PIR...); y fomentar una red pública de residencias de mayores.

---

<sup>30</sup> Vid. Sánchez-Amat, M., Padilla Bernáldez, J. y Gavilán Moral, E.: “¿Qué es la Atención Primaria de Salud?”, *AMF. Actualización en Medicina de Familia*. Sección: No todo es clínica. [https://amf-semfyc.com/web/article\\_ver.php?id=2887](https://amf-semfyc.com/web/article_ver.php?id=2887). Señalan estos autores que la situación de la Atención Primaria en España es delicada y llena de problemas que amenazan al modelo en el que se ha desarrollado en los últimos cuarenta años. Además de otros problemas destacan tres grandes dimensiones de cambio para la Atención Primaria: “la banalización del contacto clínico, la ultraspecialización del conocimiento y la descohesión de las sociedades en las que la APS desarrolla su labor”. Para los autores, la Atención Primaria ha de ser “una forma de práctica sanitaria capaz de proveer servicios de alta complejidad y calidad, de base generalista y multiprofesional, capaz de conjugar la centralidad del paciente con su contextualización comunitaria”.

## **LA COMPATIBILIDAD DEL TRABAJO CON LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN<sup>1</sup>**

JAIME CABEZA PEREIRO

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

Universidade de Vigo

### SUMARIO:

1. OBJETO.
2. LA JUBILACIÓN PARCIAL, ANTICIPADA Y A PARTIR DEL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA.
3. JUBILACIÓN Y DESARROLLO DE ACTIVIDADES POR CUENTA PROPIA HASTA EL UMBRAL DEL SMI
4. LA COMPATIBILIDAD BAJO EL EPÍGRAFE DEL “ENVEJECIMIENTO ACTIVO”.
5. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN CON EL DESEMPEÑO DE CARGOS PÚBLICOS.
6. LA COMPATIBILIDAD MÁS GENEROSA EN EL ÁMBITO DE LA CREACIÓN ARTÍSTICA Y LA CINEMATOGRAFÍA.
7. PROFESIONALES BENEFICIARIOS DE PENSIONES DE MUTUALIDADES ALTERNATIVAS AL RETA.
8. TRES CONCLUSIONES.

---

<sup>1</sup> Participo con mucho agrado en esta obra en homenaje al profesor Santiago González Ortega. No es lo más importante, para mí, el apoyo crucial que me prestó en algún momento importante de mi carrera académica, sino su calidad académica enorme, también, y quizá, sobre todo, en materia de Seguridad Social. Como sobran las palabras pomposas, solo expreso que mi dominio más o menos pobre de esta materia empieza en sus manuales y termina en sus publicaciones más específicas.

## 1. OBJETO

Las reglas sobre compatibilidad entre percepción de la pensión de jubilación y desarrollo de un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena han sufrido importantes modificaciones en los últimos años. Entrar en su análisis, desde perspectivas diferentes, constituye una labor interesante y revestida de cierta dificultad, porque en la normativa vigente se vislumbran bastantes incoherencias.

Por ese motivo, y dejando de lado el estudio de cada modalidad específica que permite, en mayor o menor medida, la compatibilidad entre trabajo y jubilación<sup>2</sup>, me propongo formular una reflexión breve sobre las relaciones entre ellas y, en definitiva, sobre la coherencia mayor o menor de nuestro sistema de Seguridad Social al respecto. Aunque el desarrollo legal de la mayoría de ellas es relativamente reciente, lo cierto es que sus relaciones recíprocas ponen de manifiesto ciertas duplicidades o redundancias, diferencias de trato insuficientemente justificadas, e, incluso, reglas de dudosa utilidad, tal y como están configuradas.

## 2. LA JUBILACIÓN PARCIAL, ANTICIPADA Y A PARTIR DEL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA

La jubilación parcial anticipada constituye la única modalidad que permite trabajar al tiempo que se percibe pensión de jubilación antes de que la persona beneficiaria alcance la edad ordinaria establecida en el art. 205. Por consiguiente, sirve a una finalidad diversa de las demás y ocupa un espacio nítido. Las preguntas que cabe formular, por consiguiente, tienen más que ver con su coherencia con otras políticas en torno a la pensión de jubilación y con la conveniencia de ampliarla o restringirla. Se trata de asuntos no directamente relacionados con el objeto central de este capítulo, pero de los que, brevemente, cabe formular tres apreciaciones: 1) que se sitúa en unos umbrales de edad en los que la tendencia de las leyes recientes ha consistido en evitar las jubilaciones anticipadas a través de unos sistemas de penalización cada vez más sofisticados, de modo que, aparentemente, actúa a contracorriente de las reglas generales. 2) Que no guarda relación alguna con las reglas sobre jubilación anticipada por razón de actividad o de discapacidad, pues para ellas no hay norma alguna de jubilación parcial, ni antes de que se alcance la fecha prevista específicamente en cada caso, ni después, por lo menos hasta que se alcance la edad ordinaria de jubilación. 3) Que, en apariencia, el debate de política legislativa sobre ella no es del todo congruente: ciertamente, tal y como se expresa en los documentos de la UE que pueden considerarse en el contexto del Método Abierto de Coordinación<sup>3</sup>, es razonable promover al mismo tiempo un endurecimiento de las reglas de jubilación anticipada y un tránsito progresivo al abandono definitivo del mercado de trabajo que se inicia previamente a alcanzarse la edad ordinaria. Sin embargo, no es muy inteligible la relación entre unos preceptos que la desincentivan claramente a través de las cotizaciones y la dotan de cierta rigidez en los umbrales de jornada y en su distribución -sin duda a causa de muchas prácticas abusivas que se han producido, permitido e incluso

<sup>2</sup> A estos efectos, vg., López Anierte, M.C., “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 164, 2014, pp. 55 ss. Aunque ha habido reformas posteriores, el estudio mantiene gran interés. Me he dedicado en concreto al régimen de compatibilidad específico regulado en el art. 214 LGSS en “Jubilación y envejecimiento activo”, *Temas Laborales*, en prensa.

<sup>3</sup> Véase Comisión Europea, *Libro Verde sobre el Envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones*, Bruselas, 27.1.2021 COM (2021) 50 final.

incentivado, casi siempre al amparo de convenios o de acuerdos colectivos- y unas concretas normas que prorrogan un régimen legal anterior a 2013 para ciertos trabajos más allá de los límites razonables<sup>4</sup>. En todo caso, no se entiende bien que la jubilación parcial no haya sido objeto de reforma en 2021, cuando otras instituciones próximas sí lo han sido, con la consecuencia obvia de algunos desajustes que serán objeto de comentario.

En cuanto a la jubilación parcial simultánea o posterior a que las personas afectadas alcancen la edad ordinaria de jubilación, los interrogantes se centran en su utilidad, puesta en relación con el régimen de compatibilidad del art. 214 regulado bajo la rúbrica de “pensión de jubilación y envejecimiento activo”. La jubilación parcial dispuesta en el art. 215.1 es accesible desde la prestación de servicios ordinaria y también desde la jubilación parcial anticipada, sin mayores requisitos de espera. No hay óbice para que se acoja a ella, una vez que cumpla la edad el art. 205, quien se haya jubilado anticipadamente a través de cualquiera de las modalidades previstas en la ley. La cotización no sufrirá penalización alguna, antes bien, se beneficia del régimen previsto en el art. 152 LGSS. Además, no se prevé en este caso la cotización de solidaridad prevista en el art. 153 LGSS. Eso sí, el art. 210.2, párrafo último, dispone que el complemento económico por jubilación después de la edad ordinaria “no será de aplicación en los supuestos de jubilación parcial”. Lo cual plantea la duda evidente de si sería exigible su devolución cuando una persona accede a la jubilación parcial después de haberlo percibido, por ejemplo, en su modalidad de cantidad a tanto alzado. O, incluso, la de si dicha percepción impide hacia el futuro acceder al régimen del art. 215.1 LGSS. Porque, desde luego, cabe acogerse a la jubilación parcial desde la jubilación total, de acuerdo con el art. 213.1 LGSS y con el art. 5 del RD 1132/2002, de 31 octubre.

### **3. JUBILACIÓN Y DESARROLLO DE ACTIVIDADES POR CUENTA PROPIA HASTA EL UMBRAL DEL SMI**

Una segunda posibilidad de compatibilidad se configura como una excepción directa a la regla general de incompatibilidad del art. 213. Se trata de la hipótesis, contemplada en el apartado 4 del propio art. 213, de que quien percibe una pensión de jubilación la compatibilice con el desarrollo de un trabajo por cuenta propia, siempre que los ingresos por esta actividad no superen la cuantía anual del SMI. De tal modo que las personas que desarrollan estas actividades no están obligadas a cotizar a la Seguridad Social ni, por supuesto, generarán nuevos derechos en torno a prestaciones del sistema.

Esta modalidad ostenta un perfil muy diferenciado a la de la jubilación parcial. En primer lugar, y a diferencia de esta, no se refiere al trabajo dependiente, sino al trabajo autónomo, lo cual ya de por sí puede plantear no pocos problemas de deslinde. Al margen de lo cual, es importante expresar que no distingue entre unas formas de jubilación y otras, de tal modo que no hay óbice tampoco en el caso de los diferentes tipos de jubilación anticipada. Ni tampoco en el de las de jubilación parcial o flexible. Es totalmente accesible con independencia de la percepción de complementos económicos de jubilación en cualquiera de sus modalidades y al margen de la cuantía de la pensión.

En el fondo, se plantea como una alternativa que permite animar el mantenimiento de cierta actividad residual, como medida de *active ageing*, dentro de ciertos parámetros de límites de rentas. Lo cual, al mismo tiempo, la dota de una singularidad, porque se

---

<sup>4</sup> En su versión actual, disposición transitoria cuarta, apartado 6, de la LGSS, introducido por RD-Ley 20/2018, de 20 diciembre.



convierte en la única fórmula de compatibilidad que se somete a un límite máximo de ingresos por la actividad profesional. Es una técnica -compatibilidad *means tested*- que se ha ensayado con cierta frecuencia en otros sistemas Europeos de Seguridad Social y con mayor amplitud que en nuestro sistema<sup>5</sup>, que, en términos generales, guarda cierta despreocupación -excesiva, en mi opinión- acerca de los ingresos que obtiene la persona jubilada a través de su actividad por cuenta propia o por cuenta ajena.

Por supuesto, no se somete a plazo de espera alguno, ni a requisitos de edad concretos. No hay cotización por la actividad desarrollada, ni siquiera en los términos más favorables del art. 311 LGSS, de modo que ningún impacto produce en la esfera prestacional, más allá de que los rendimientos de la actividad profesional deben tenerse en cuenta como ingreso a los efectos de un eventual complementos de mínimos. En este sentido, el art. 213.4 LGSS supone una importante matización al clásico art. 93 de la Orden de 24 septiembre 1970<sup>6</sup>.

Consiguientemente, tiene un espacio de eficacia bien definido. Sin duda, es mucho más restrictiva que la norma de compatibilidad del art. 214, que no se somete a umbral de rentas alguno ni tampoco a pérdida de ningún porcentaje de pensión, pero se rodea de requisitos mucho más estrictos. No tiene entre sus objetivos el de incentivar un retraso en el acceso a la jubilación, sino solo el de permitir el mantenimiento de un umbral de actividad profesional y lucrativa cuando se llega a ella. Es decir, no se relaciona con el objetivo de sostenibilidad de las pensiones, sino con el de permitir un espacio de actividad profesional que prolongue su actividad, en este caso por cuenta propia.

#### 4. LACOMPATIBILIDADBAJOELEPÍGRAFEDEL“ENVEJECIMIENTO ACTIVO”

La tercera modalidad de compatibilización se refiere tanto al trabajo por cuenta propia como por cuenta ajena. Introducida en 2013, ha sufrido ciertas modificaciones de importancia hasta la más reciente Ley 21/2021. En su modalidad actual, después de una reforma transversal producida por esta ley que ha puesto en marcha estímulos para que se retrase la edad de acceso a la jubilación, tiene una fisonomía que le da un perfil propio, pero del que cabe predicar que todavía está en fase de consolidación. Aparentemente, debería convertirse en la modalidad arquetípica de compatibilización y en la que menos cortapisas exige para el mantenimiento de la actividad profesional, aunque una vez que se reúnan los exigentes requisitos previstos en la norma. En este proceso progresivo de cambio, sus rasgos fundamentales actuales son los que siguen:

- No es accesible desde cualquier modalidad de jubilación anticipada, sea por razón de actividad o discapacidad, u ordinaria, sea voluntaria o involuntaria. Solo puede acogerse a ella quien haya retrasado la jubilación al menos un año desde la edad ordinaria prevista en el art. 205 LGSS. Asimismo, únicamente se dirige a pensionistas que hayan alcanzado el 100 por 100 de la base de cotización de acuerdo con las reglas del art. 210.1. Por consiguiente, su relación con la jubilación parcial después de haberse cumplido la edad de jubilación se explicita en términos de mayores requisitos, pues en la parcial no es necesario superar la edad ordinaria de jubilación ni alcanzar un determinado porcentaje de la base reguladora, sino que basta con reunir

<sup>5</sup> Al respecto, Cabeza Pereiro, J., “Estado actual de la compatibilidad entre trabajo y jubilación en Europa”, en VV.AA. (dir. Cabeza Pereiro, J. Ballester Pastor, M<sup>a</sup>. A. y Fernández Prieto, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi (Pamplona, 2009) pp. 137 ss.

<sup>6</sup> BOE de 30 septiembre 1970.

las condiciones mínimas de acceso a la pensión. Cuestión distinta es que se acceda a ella desde la jubilación parcial previa a cumplir la edad ordinaria de jubilación, en cuyo caso habrán de reunirse para esta última las exigencias mayores del art. 215.2, en todo caso más laxas, en cuanto al porcentaje de la base reguladora de la pensión, que las del art. 214. Por otra parte, los elevados requerimientos que establece la ley, en particular por lo que respecta a la aplicación del 100 por 100 a la base reguladora van a producir, sin ningún género de dudas, que solo un escaso porcentaje de mujeres puedan acogerse a ella.

- Es incompatible con el acceso al complemento de la pensión del art. 210.2 LGSS. Por lo tanto, durante el desarrollo de la actividad por cuenta propia o por cuenta ajena se ve minorada la expectativa de percibir una mayor cuantía de la pensión, que desde luego ya correspondería en la fecha en la que se accede a la pensión a través de esta modalidad. En este sentido, constituye un factor disuasorio que, en alguna ocasión, planteará la mejor conveniencia de la jubilación parcial. Debe destacarse que esta incompatibilidad no se estableció hasta la Ley 21/2021.
- La cuantía de la pensión que puede percibirse alcanza el 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. Es en este sentido, y a diferencia de la jubilación parcial, un porcentaje rígido, que no atiende a la duración de la jornada o a la cuantía de los ingresos derivados de la actividad profesional. En consecuencia, como la pensión se reduce en un 50 por 100, si la actividad compatible no tiene una entidad suficiente como para compensar esa pérdida de pensión, sin duda será más adecuada la jubilación parcial o, en su caso, la compatibilidad por actividades por cuenta propia cuyos ingresos no superen el SMI en cómputo anual.
- Bien es cierto que, en el caso de la compatibilidad con un trabajo por cuenta propia desarrollado como profesional autónomo, la persona que se acoge al art. 214 puede compatibilizarlo sin mengua alguna de su pensión -con el 100 por 100 de la misma- si a su vez mantiene contratado a un trabajador o a una trabajadora por cuenta ajena. Esta posibilidad, que en la actualidad se restringe de forma estricta a quienes ostenten la condición de trabajador o trabajadora autónoma, sin alcanzar por lo tanto a las denominadas personas “autónomas societarias”<sup>7</sup>, no se ha modificado en la reforma de Seguridad Social de 2021, por más que el Informe del Pacto de Toledo haya animado a que se profundice en ella<sup>8</sup> y así está previsto en la propia LGSS<sup>9</sup> desde el año 2017. Es evidente que esa compatibilidad máxima, que tiene su sentido en el caso de profesionales que empleen a terceras personas, como medida de mantenimiento del empleo de estas, plantea mayores problemas en su extensión a todas las personas que

7 SSTS (cinco) de 23 julio 2021 (rcud. 2956/2019, 1328/2020, 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020). También STS de 21 septiembre 2021 (rcud. 1529/2020).

8 Expresa en su apartado 12 que “merece así una valoración positiva la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional, si bien son necesarias nuevas medidas que favorezcan esta compatibilidad, sin que ello produzca menoscabo de las cuentas del sistema”.

9 En efecto, la Ley 6/2017, de 14 octubre, que introdujo esa regla más beneficiosa para la compatibilidad de pensión y trabajo por cuenta propia en el caso de las personas que tienen la condición de profesionales autónomas y empleen por cuenta ajena a una persona que trabaje para ellas en esa actividad compatible, añadió una disposición final sexta bis a la LGSS, bajo la rúbrica “ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena” y con la siguiente redacción: “con posterioridad, y dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la presente Ley”.

reúnen los demás requisitos del art. 214. Desde luego, una modificación legal de este tipo debería implicar un replanteamiento de todas las modalidades de compatibilidad, sin negar que merece considerarse como una alternativa de interés. Por otra parte, tiene cierta lógica que el trabajo por cuenta propia goce de una situación más favorable que el trabajo por cuenta ajena en esta modalidad de compatibilización entre el trabajo y la pensión si se toma en consideración que aquél está fuera del ámbito de aplicación de la jubilación parcial.

- Con la reforma introducida por la Ley 21/2021 han dejado de exigirse ciertos requisitos relativos a la situación del empleo en la empresa para la que presta servicios por cuenta ajena la persona que compatibiliza pensión y trabajo al 50 por 100. Se trataba, básicamente, de los tradicionales de no haber tomado decisiones extintivas improcedentes y de mantener, con las salvedades que el propio precepto introducía, el nivel de empleo. Que se hayan derogado debe interpretarse desde un doble haz de objetivos: por una parte, el de aproximar la lógica de la compatibilidad entre trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena, de conformidad con el propósito expresado en la disposición final sexta, bis, de la LGSS. Por otra, el de alejar los derechos de las personas que disfrutan de la pensión compatible de las vicisitudes en el empleo en la empresa para la que trabajan. En efecto, la única institución en la que estos requisitos se mantienen, y por exigencias de su propia estructura interna, es en la jubilación parcial, en relación con las vicisitudes del contrato de relevo. Y, como es notorio, tales requisitos han dado lugar a una exuberante doctrina judicial, resultante de los problemas que han llevado aparejados.

## 5. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN CON EL DESEMPEÑO DE CARGOS PÚBLICOS

Finalmente, y desde esta perspectiva de análisis legal, llama la atención la regla impeditiva que contiene el art. 214 -que es trasunto de la más general del art. 213.2- conforme a la cual el régimen de compatibilidad previsto en ella no es aplicable en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Por consiguiente, ese desempeño es incompatible con la pensión de jubilación dentro de los regímenes que integran en sistema de Seguridad Social. En el fondo, se trata de una regla paralela a la prevista en el art. 33.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado<sup>10</sup>.

Lo cual resulta discutible. Debe tenerse en cuenta que no existe ninguna regla impeditiva paralela en cuanto a la jubilación parcial anticipada. Es decir, y desde un prisma teórico es posible la jubilación parcial en el empleo público. Y así es, sin ningún género de dudas, en cuanto al personal laboral. Por lo que respecta al funcionario, no hay previsión legal al respecto<sup>11</sup>, ni tampoco norma paralela al art. 12.7 ET y RD 1132/2002 que la regule<sup>12</sup>. Por ese motivo, el TS ha expresado la imposibilidad de que los servidores

<sup>10</sup> RD legislativo 670/1987, de 30 abril.

<sup>11</sup> Aunque, *a sensu contrario*, podría considerarse que el art. 3.2 párrafo último de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, la excluye: “por excepción, en el ámbito laboral, será compatible la pensión de jubilación parcial con un puesto de trabajo a tiempo parcial”.

<sup>12</sup> Si bien la disposición adicional quinta del texto refundido del EBEP expresa que “el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que

y servidoras públicos con vínculos funcionariales puedan acogerse al art. 215.2 LGSS<sup>13</sup>. Eso sí, no debería haber ningún inconveniente para que puedan jubilarse parcialmente cuando alcancen la edad de jubilación, aunque de nuevo se enfrentan al óbice de que no hay una regulación sustantiva de la prestación de servicios a tiempo parcial en el contexto de las relaciones funcionariales.

Por otra parte, el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado no regula la jubilación parcial, de tal modo que quienes pertenezcan a este régimen externo en ningún caso tienen acceso a ella ni posibilidad legal de reducir su jornada y compatibilizarla con el disfrute de una pensión por el porcentaje de la jornada dejado de prestar servicios.

Incluso este asunto se puede plantear desde la perspectiva estricta de la normativa de Seguridad Social y los resultados son, de nuevo, poco coherentes: a la vez que el art. 214 no permite compatibilizar las pensiones de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, el art. 33.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado introduce una regla de compatibilidad de la pensión de este régimen especial con el trabajo por cuenta propia o ajena -se entiende que en el sector privado- paralela, *mutatis mutandis*, al art. 214 LGSS, la cual ha sufrido una evolución legal próxima a la de este, aunque no ha sido modificada con ocasión de la Ley 21/2021.

Por lo tanto, los funcionarios y funcionarias jubilados por esa norma pueden trabajar por cuenta propia o ajena, pero no pueden desempeñar puesto de trabajo alguno o alto cargo en el sector público. Tampoco pueden, como se ha dicho, recurrir a la jubilación parcial, al no contar con regulación *ad hoc*.

En realidad, esta postura de absoluta incompatibilidad es deudora de la Ley 53/1984, cuyo art. 3.2 la expresa en términos particularmente rotundos<sup>14</sup>, con alguna excepción puntual en referencia a colectivos tales como el profesorado emérito de universidades o el personal licenciado sanitario emérito<sup>15</sup>. La pregunta obvia consiste en si debería revisarse ese punto de vista después de cerca de cuarenta años, cuando los pilares básicos sobre el régimen legal de la pensión de jubilación se han modificado sustancialmente desde entonces. A la vista de la normativa actual, la incompatibilidad no se proyecta desde la perspectiva de Seguridad Social, sino desde la del empleo público. Es decir, cuando se ha superado en la práctica la regla general de la incompatibilidad, por más que se mantiene formalmente en el art. 213 LGSS, es discutible que se insista en una regla como la contenida en el art. 214 *in fine*. Hace ya años que la jubilación parcial se ha introducido con normalidad en el ámbito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Y no parece que haya motivos de fondo, más allá de la tradición legal, para

contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos”.

<sup>13</sup> Vg., STS de 22 julio 2009 (reud 2044/2008). Ahora bien, se trata de un criterio discutible. No en vano el art. 9 de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones de gestión relativas a la jubilación parcial del personal acogido al IV convenio único de la Administración General del Estado (BOE de 28 febrero 2022), en cuanto al contrato de trabajo de relevo, contempla la posibilidad de que colme la jornada vacante dejada por un funcionario o funcionaria pública que se jubila parcialmente: “el contrato de la persona relevista se extinguirá igualmente cuando la persona jubilada parcialmente a la que releva pierda la condición de personal funcionario por cualquiera de las causas recogidas en el artículo 63 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público o por fallecimiento”. Ahora bien, aparentemente, para que sea posible un contrato de relevo -laboral- el puesto de trabajo ocupado no puede ser uno reservado legalmente a personas que ostenten la condición de funcionarias públicas.

<sup>14</sup> “El desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio. La percepción de las pensiones indicadas quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus actualizaciones. Por excepción, en el ámbito laboral, será compatible la pensión de jubilación parcial con un puesto de trabajo a tiempo parcial”. En el fondo, es la regla paralela del art. 213.2 LGSS.

<sup>15</sup> Art. 213.2, párrafo tercero de la LGSS.

que la norma sea diferente en el caso de las relaciones funcionariales o estatutarias. En realidad, el problema tiene que ver con las reglas de jubilación forzosa en el empleo público, en particular en el no laboral, especialmente intensas en relación con el ámbito privado. Probablemente, en todo este ámbito sería necesario abordar un amplio debate sobre los porqués de mantener una postura de fuerte incompatibilidad, quizá justificada en ciertos ámbitos, pero seguramente no en todos.

## 6. LA COMPATIBILIDAD MÁS GENEROSA EN EL ÁMBITO DE LA CREACIÓN ARTÍSTICA Y LA CINEMATOGRAFÍA

Ya al margen de las normas incluidas en la LGSS, debe hacerse referencia a alguna más concreta que regula formas específicas de compatibilidad. Una especialmente flexible, prevista en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía<sup>16</sup>, constituye una especie de “avanzadilla” de lo que pueda ser una norma de desarrollo de la disposición final sexta, bis, de la LGSS<sup>17</sup>. Sin que tampoco proceda en relación con ella detenerse demasiado en su régimen jurídico<sup>18</sup>, debe destacarse que expresa en su art. 2 la posibilidad alternativa de acogerse a la compatibilidad de rentas inferiores al SMI en cómputo anual -art. 213.4 LGSS-. Se compatibiliza con la pensión, de acuerdo con ese mismo precepto, el hecho de que “con posterioridad a la fecha de reconocimiento de dicha pensión, desempeñen una actividad de creación artística por la que perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros, con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas”. Ahora bien, esa compatibilidad no admite acogerse a ninguna otra de las posibilidades que exceptúan la regla general del art. 213.1 LGSS.

Se configura como una regulación más flexible que la del art. 214 LGSS, en el sentido de que no exige que transcurra al menos un año desde la edad ordinaria de jubilación. En efecto, la norma reglamentaria, procedente de 2019, no lo contemplaba originariamente, en coherencia con la redacción por aquel entonces vigente de aquel, y desde luego no puede entenderse tácitamente modificado por la Ley 21/2021. Es más, la compatibilidad se extiende a cualquier forma de jubilación, no solo la que se produce a la edad ordinaria del art. 205 LGSS. Como expresa el art. 3, “la actividad de creación artística será compatible con el 100 por ciento del importe que corresponda percibir o, en su caso, viniera percibiendo el beneficiario por la pensión contributiva de jubilación”, incluso también con el complemento de maternidad -*mutatis mutandis*, con el de reducción de la brecha de género- y asimismo con el complemento de pensión del art. 210.2, a cuyo efecto

<sup>16</sup> “El Gobierno, en el plazo máximo de 6 meses desde la publicación del presente real decreto-ley, procederá a la aprobación de una norma reglamentaria que, en desarrollo del artículo 213 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, regule la compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividades de aquellos profesionales dedicados a la creación artística que perciban por esa actividad derechos de propiedad intelectual. Ese reconocimiento de compatibilidad llevará aparejada una cotización de solidaridad del 8 por ciento, que en caso de tratarse de trabajadores por cuenta ajena será a cargo del empresario el 6 por ciento y del trabajador el 2 por ciento”.

<sup>17</sup> En realidad, ya el propio art. 214.6 expresa que “la regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente”.

<sup>18</sup> Contenido en el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía (BOE de 29 abril 2019).

también se separa del régimen de la compatibilidad del art. 214 LGSS<sup>19</sup>. No se exige tampoco que se alcance el porcentaje del 100 por 100 de la base reguladora, sino que, en apariencia, basta con que se reúnan los requisitos mínimos para el acceso a la pensión contributiva. El porcentaje el 100 por 100, por otra parte, no requiere que la persona que se acoja a este régimen mantenga contratado a un trabajador o trabajadora por cuenta ajena. A mayor abundamiento -y aquí hay una deliberada separación del régimen legal del art. 214- “el beneficiario tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con la actividad de creación artística, siempre que reúna los requisitos establecidos para ello”. Por lo demás, y haciendo abstracción de los asuntos de encuadramiento, el art. 6 del Real Decreto establece un sistema de cotización similar al que se produce en el caso de la institución del envejecimiento activo regulada en el art. 214, cotización “de solidaridad” incluida.

En términos valorativos, no cabe sino considerar este régimen como un privilegio en relación con otras personas que, dentro del sistema de Seguridad Social, optan por compatibilizar la pensión con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena. Al margen de ciertas razones objetivas de fondo que puedan existir y que tienen que ver con el particular sector de actividad de que se trata, algunas de las reglas descritas constituyen agravios comparativos para otras profesiones que se puedan encontrar en situaciones similares.

## 7. PROFESIONALES BENEFICIARIOS DE PENSIONES DE MUTUALIDADES ALTERNATIVAS AL RETA

Algo parecido, pero con final más oscuro e incierto, debe expresarse en relación con los y las profesionales colegiados que pertenecen a mutuas alternativas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y se hallan exentos de la obligación de causar alta en este. Haciendo abstracción de otros antecedentes algo más remotos, puede expresarse que la Ley 27/2011 rescató una antigua regla de compatibilidad absoluta del trabajo en estos ámbitos con el disfrute de una pensión. En efecto, su disposición adicional 37 estableció que “el Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo”. Es decir, esta Orden había extendido la incompatibilidad del art. 213 LGSS a dichos profesionales autónomos, de tal forma que su inaplicación producía, *de facto*, la vuelta a la regla clásica. Claro que, pese a la vocación expresa por la igualdad entre las diferentes actividades profesionales, a la postre restauraba un régimen de privilegio hacia profesionales cuyos colegios no habían decidido en su momento integrarse en el RETA.

Sin embargo, ese desarrollo legal fue culminado, aunque a través de normativa de urgencia, con el RD-ley 5/2013, de 15 marzo. Podría ser dudoso si esta norma significó la regulación a la que se refería dicha disposición adicional 37, pero, tras la Ley 6/2017, de 24 octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo<sup>20</sup>, cabe extraer conclusiones más afinadas, aunque dicha ley no se refirió expresamente a la pervivencia de esta específica

<sup>19</sup> Ahora bien, como debe recordarse, la incompatibilidad de la percepción del complemento con la jubilación activa se estableció a partir de la Ley 21/2021. De nuevo, esta limitación no puede entenderse tácitamente extendida al régimen establecido por el RD 302/2019.

<sup>20</sup> BOE de 25 octubre 2017.

modalidad de compatibilidad: en primer lugar, que, al incrementarse al 100 por 100 el importe de la pensión compatible con el trabajo por cuenta propia, aparentemente se equiparaba, al menos en cuanto al umbral, con la de las personas colegiadas a colegios profesionales adscritas a mutualidades de previsión social, aunque se imponía el mantenimiento de un contrato laboral como parte empleadora. En segundo, que, pese a ello, no derogó la disposición adicional 37 de la Ley 37/2011, de modo que, cuando menos, no era inequívoca la desaparición de la compatibilidad específica y más favorable propia de las pensiones de jubilación en las mutualidades de previsión social. Y en tercero, que introdujo la disposición final sexta, bis de la LGSS, que prevé, en el marco del diálogo social y de los acuerdos en el seno de los Pactos de Toledo, que se proceda a “aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la presente Ley”. Por lo tanto, esta interpolación de la LGSS pone de relieve que tampoco en el ámbito de trabajo por cuenta propia está finalizado el proceso de incremento de la compatibilidad entre trabajo y jubilación al 100 por 100. Consiguientemente, al no estar completado “en condiciones de igualdad” el régimen previsto en el art. 214.2, párrafo segundo, la conclusión lógica es que permanece vigente el régimen provisional establecido en la disp. adic. 37 de la Ley 27/2011.

La valoración va de suyo: quizá no con el refinamiento del RD 302/2019, pero en términos muy concluyentes, el ámbito de estas profesiones con mutualidades alternativas constituye otro espacio de privilegio no suficientemente justificado. Quizá en torno a él pueda alegarse que se trata de compatibilizar el trabajo con unas prestaciones generadas en el marco de la protección privada, aunque no sea complementaria. O que, en todo caso, se está ante un régimen transitorio, destinado a desaparecer. Con todo, de nuevo la norma incurre en una brecha poco justificada del principio de igualdad, en favor de colectivos muy específicos.

Por supuesto, las pensiones de jubilación de las mutualidades de previsión social tienen sus reglas propias en torno a las condiciones y requisitos de acceso, tanto por lo que respecta a la edad como a las exigencias en términos de aportaciones y tiempo de permanencia. En este sentido, a ellas hay que referir los requisitos, y no desde luego a los más exigentes del art. 214.4 LGSS, al menos en tanto en cuanto esta modalidad de compatibilizar trabajo y pensión subsista.

## 8. TRES CONCLUSIONES

Este breve análisis permite formular algunas idas conclusivas que pueden reconducirse a los siguientes tres asertos:

- Las diferentes modalidades de compatibilidad responden a lógicas distintas y se someten a requisitos heterogéneos. Consecuentemente, sirven a diferentes utilidades y se superponen solo parcialmente, pues la elección de una u otra será dependiente de que se cumplan las exigencias previstas para cada una de ellas. En términos generales, aunque con excepciones, los sistemas más flexibles son aquellos que se rodean de mayores exigencias y los menos permisivos, de condiciones algo más laxas. Sin embargo, la superposición de todas las vigentes no aparenta haberse concebido como un sistema coherente, sino como una superposición casual de regímenes no concebidos de forma articulada y sistemática. Más bien, tiene una fuerte apariencia

de desorden y entropía, como resultado de una falta de modelo teórico claro y preconcebido.

- Con la excepción de la compatibilidad de la jubilación con el trabajo por cuenta propia que genere rentas no superiores al SMI en cómputo anual, las distintas modalidades de compatibilidad que se han analizado no se someten a límites máximos de ingresos por rentas de trabajo o de actividades profesionales. Seguramente, la utilización de criterios cuantitativos de compatibilidad, que solo la admitan, total o parcialmente, hasta umbrales de renta concretos, configuraría una alternativa más sostenible y más equitativa. Como es evidente, se trataría de un sistema más complejo que requeriría mecanismos mayores de control y que sin duda produciría cierta disuasión de mantener la actividad más allá de ciertos niveles. Pero, a cambio, provocaría unas decisiones que facilitarían la compatibilidad en el caso de pensiones e ingresos menos elevados y la dificultaría en el de unas y otros de mayor cuantía.
- Por desgracia, la normativa actual sigue introduciendo y manteniendo regímenes más favorables -de privilegio, habría que decir- que afectan a ciertos colectivos que, por un motivo u otro, gozan del favor de los sucesivos gobiernos y de las sucesivas mayorías parlamentarias. La apariencia de poco rigor que producen estas maniobras condiciona, desde luego, una aproximación más sistemática a esta materia y produce cierto pesimismo acerca de sí, en un futuro a medio plazo, se podrá engendrar un sistema de compatibilidad justo, razonable, equitativo y adaptado a las necesidades actuales.





## **CONVERSACIONES SOBRE PROTECCIÓN SOCIAL**

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

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

Universidad de Cantabria

Querido Santiago, conocido nuestro común interés por la discusión, el debate y el progreso en las ideas, no se me ocurre un mejor formato para este merecido libro que un (ficticio) diálogo sobre tesis por ti expuestas en diferentes obras. Elijo, supeditándome a la exquisita organización de esta edición, materias sobre protección social; selecciono únicamente aportaciones de autoría única, evitando comprometer a otros colegas; e incluyo aspectos de diferente naturaleza para enriquecer el debate en un total de siete materias por ser éste el primer dígito que nos convoca en una efeméride que, con carácter jubilar, confío en que sea una nueva etapa fructífera en ideas y experiencia. Por supuesto, siempre con el debido respeto y admiración que profeso a tu contribución científica y profesional. Conversemos:

**1. González Ortega, S., “Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia”, en AAVV, *Las enfermedades profesionales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp.25-57*: “La explicación al mantenimiento del doble grado de tutela que pivota sobre la profesionalidad o no profesionalidad de la contingencia se encuentra en la forma que en el inicial seguro de accidentes, materializado de forma autónoma a partir de la Ley de Accidentes de 1900 y confirmado por las posteriores, se integró en el Sistema de Seguridad Social. Pese a las exigencias de unidad y coherencia internas del Sistema, recogidos igualmente en la Ley de Bases de 1963, el aseguramiento de los riesgos profesionales no se adscribió y tampoco lo hace hoy en el Sistema de Seguridad Social diluyéndose y mezclándose con los anteriores seguros de vejez, invalidez, desempleo o muerte sino enquistándose dentro del Sistema y funcionando como una especie singular, una pervivencia en realidad, del aseguramiento público de los riesgos profesionales, dotado de una relativa autonomía respecto de las demás contingencias, justamente las no profesionales y funcionando más como un Seguro Social singular dentro del conjunto de un Sistema de Seguridad Social. Una autonomía que se refleja en muchas dimensiones” (pág. 28).**

Una autonomía -o una dicotomía entre lo que es contingencia profesional o común- que no siempre resulta positiva. En primer lugar, porque en algunas ocasiones pervierte la calificación del accidente o de la enfermedad en aras a obtener una mejor prestación contributiva, generando una patología jurídica no siempre controlable. En segundo término, porque complica el sistema con la intervención de diferentes agentes de idéntica naturaleza -profesional del INSS, profesional de la Mutua, profesional del sistema de Salud- que no sólo ralentizan trámites, sino que operan con dispares criterios, generalmente discrepantes, y no del todo garantes de los intereses de los beneficiarios. En tercer lugar, porque posiciona a nuestro país en una situación preocupante en cuanto a la siniestralidad laboral, contemplando bajo el calificativo de accidente de trabajo o enfermedad profesional determinadas situaciones que, en el resto de los países objeto de comparación, no adoptan dicha calificación. Y, en fin, entre otras razones y en cuarto término, porque en nada modifica las consecuencias -una incapacidad, una invalidez, un fallecimiento- sino sólo la cuantía prestacional a percibir y, en su caso, la deriva de responsabilidad empresarial y recargos por inadecuada protección de la salud laboral. Tiene sentido esta estrecha relación entre la prevención y la reparación, pero quizá no lo tenga tanto la conexión entre causa de la contingencia y prestación. Sin desmerecer el extraordinario papel gestor de las Mutuas -patronales, hoy colaboradoras- de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, lo cierto es que, con el tiempo, se ha intensificado su función en el seno de las contingencias comunes, confundiendo, de algún modo, su esencia.

Tal vez sea ésta una manifestación más de que, lo que no se consiguió con la reunificación de la Seguridad Social en los años sesenta del siglo anterior, se permite en las primeras décadas del actual. Y no tanto, como se indica desde algunos sectores, porque, de lo contrario, se estaría vulnerando un principio de igualdad al privilegiar un régimen de prestaciones -las

provenientes de las contingencias profesionales- sobre otras -las derivadas de contingencias comunes- sino al objeto de focalizar más el esfuerzo asegurador en la protección que en el riesgo. Esa antigua consideración conjunta no prosperó por los múltiples intereses encontrados que concurrían en el momento histórico de su adopción. Ahora, existiendo asimismo reticencias nada desdeñables, el proceso puede ser más sencillo toda vez que se reunifican regímenes -el de autónomos cada vez es más similar al del trabajo por cuenta ajena-, se ejercen indiferenciadamente funciones de protección -Mutuas desarrollando la protección de las contingencias comunes- y se gestiona de forma común el alcance de la prestación -siendo INSS y Tesorería los principales responsables-. La conjunción en las contingencias no evitaría, sino que incluso podría potenciar, los aspectos preventivos y la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de tal naturaleza. Y los efectos en materia de cotización pudieran paliar precisamente esa necesidad de incremento de recursos que tanto ansía el sistema obligando a cotizar, en todo caso, por las horas trabajadas, incluidas las horas extraordinarias, de conformidad con el registro horario diario preceptivo en la empresa. Constituye una evidencia, por lo demás, que los procesos productivos modernos no implican riesgos físicos tan letales como los de épocas pasadas en las que se requería repercutir en el empleador el coste de dichas contingencias. Ahora el proceso es más sofisticado y muchos accidentes y muchas enfermedades surgen como consecuencia del trabajo, pero tardan en manifestarse o se diluyen en circunstancias personales cotidianas -estrés, ansiedad, depresión, etc-. Esto no supone obviar todos aquellos supuestos que operan única y exclusivamente como consecuencia del trabajo -desinfección o reposición del uniforme de trabajo por riesgo de contagio como responsabilidad de la empresa o, con el verano, ajuste de algunos horarios laborales para evitar “golpes de calor”, causantes de mortalidad laboral estival- y que podrán seguir desarrollándose como aspectos propios de salud laboral. Se impone, pues, en ese sentido, un replanteamiento de la vieja idea de la consideración conjunta de las contingencias para agilizar, asegurar y afianzar el sistema de protección social.

**2. González Ortega, S., “El reintegro de prestaciones indebidamente percibidas”, en AAVV, Tratado de Derecho de la Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2017, pp.657-673:** *“Por este motivo, la tendencia de la norma es a regular de forma restrictiva esta posibilidad de reclamación, ya sea obligando a la gestora a acudir a una resolución judicial de declaración de lo indebido y poniendo en un segundo plano la facultad de autotutela de la entidad gestora al limitar los supuestos en los que es posible la declaración de oficio, ya sea estableciendo plazos limitados de prescripción para reclamar la declaración de la prestación como indebida, o para así decidirlo cuando está facultada para ello la propia entidad gestora; ya sea limitando también los plazos para recaudar la deuda por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ya sea, en fin, estableciendo un determinado procedimiento y unos límites temporales a la cuantía a devolver” (pág.659).*

No constituye un tema nuevo pues ya fue objeto de estudio por tu parte en 1996. Precisamente un año en el que se dicta la STS de 24 de septiembre de 1996, Ar. 6855 y que vendría motivada por la STC 15/1994. En su devenir histórico, la regulación de la devolución de la prestación indebidamente percibida ha pasado por diferentes etapas. Desde no contener plazo alguno de prescripción, intensificando la falta de garantía para los beneficiarios, hasta obtener el reconocimiento que describes. Lo que se cuestionó en la jurisprudencia -constitucional y ordinaria- anotada es que, de la misma manera que en el reconocimiento de las prestaciones existen dos plazos -prescripción de cinco años para su reconocimiento, pero efecto retroactivo de tres meses-, también en cuanto a la devolución de prestaciones indebidas debieran aplicarse los dos umbrales prescriptivos. No lo admitió el Tribunal Constitucional por cuestiones procesales -se reclamaba la nulidad del precepto regulador y, si se hubiera concedido la misma, no se hubiera podido aplicar la retroacción solicitada- pero sí atendió a dicha petición el Tribunal Supremo en la sentencia apuntada.

Acudiendo, primero, al Código Civil (artículo 3.2) y, después, a la Ley de Procedimiento Administrativo en relación a los efectos temporales de la revisión de actos declarativos de derechos, optó por aplicar el límite de los tres meses también al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. La legislación modificó esta tesis inmediatamente y zanjó dicha posibilidad imponiendo el plazo de cinco años (cuatro desde 1999 para equipararla a la legislación tributaria) y excluyendo cualquier otra posibilidad (y, por tanto, con independencia de la causa que origine la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión por error imputable a la Entidad Gestora).

La situación apenas se ha modificado en la legislación vigente y el problema sigue suscitándose en idénticos términos, resultando posible un planteamiento como el que defendería en su momento la Sala de lo Social. Porque, sin perjuicio de que, efectivamente, se pueda detectar, de oficio o por denuncia, la percepción indebida de una prestación, también cabe reparar en la hipótesis del retraso indebido o *verwirkung* alemana. Como es sabido, todo retraso de aquellas actuaciones que pudieran haberse ejercitado con anterioridad y que, pese al conocimiento de los hechos, no se ejercen, suponen un retraso desleal procesal que no puede conllevar la anulación del proceso, especialmente cuando no provoca indefensión en las partes. No en vano, en la doctrina alemana actual ni siquiera se exige voluntad del titular o conocimiento de la situación pues basta con que la ponderación de los intereses contrapuestos concluya en un valor a proteger. La *verwirkung* alemana se sistematiza en cuatro hipótesis. Por una parte, quien frente a un negocio jurídico ineficaz lo cumple voluntariamente, no puede posteriormente pretender impugnarlo. Del mismo modo, quien ha aceptado dicho negocio jurídico ineficaz tampoco podrá más tarde desconocer la aceptación pretendiendo impugnar la validez del negocio. Por otra parte, quien ha elegido entre dos o más opciones, no podrá luego modificar su decisión toda vez que el destinatario de la elección ha podido ajustar su conducta a ella. Además, quien ha creado con su comportamiento una apariencia determinada en la cual otro sujeto ha confiado tiene que permitir que éste la haga valer en su contra. La *verwirkung* sanciona a quien ejerce retrasadamente un derecho, actuando contradictoriamente y lesionando la buena fe de quien ha confiado en la primera situación. Pues bien, quizá no en todo supuesto, pero sí cuando se consigue demostrar por indicios o prueba que ésta ha sido la guía de la actuación administrativa, debería plantearse esa posible aplicación de doble plazo; prescripción para la reclamación, retroacción para los efectos. Porque, de lo contrario, la confianza legítima generada en beneficiarios, muchos de ellos con prestaciones de mínimos, se convierte en una cuestión de supervivencia, reclamando la Seguridad Social cantidades que no podrán aquéllos abonar nunca, ni siquiera en un pago aplazado de la deuda. O que no podrán ser cobradas nunca por aplicación de los límites de las normas de enjuiciamiento civil. O que obligarán a conceder, de nuevo, otra prestación de subsistencia precisamente para abonar la deuda generada por la convicción de existencia de un derecho. Vicisitudes todas ellas resueltas, de muy diferente forma, por las Comunidades Autónomas en prestaciones de protección social de su competencia y que, si bien no admiten tampoco un límite en la retroacción de la solicitud, sí reconocen posibilidades de compensación, condonación y aplazamiento más generosas que en el ámbito estatal, guiadas, en parte, por la propia naturaleza no contributiva o asistencial de la protección dispensada.

**3. González Ortega, S., “La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en las Administraciones Públicas”, *Temas Laborales*, núm. 72, 2003, pp.13-33:** “Así pues, ha de entenderse que las exigencias, las obligaciones, los derechos y las responsabilidades que la LPRL imputa a trabajadores y empresarios deben considerarse igualmente referidas a funcionarios públicos, personal estatutario y Administraciones Públicas, respectivamente. Algo que hasta la LPRL no estaba previsto ya que el grupo de los funcionarios públicos y, en general, el de las personas que prestaban sus servicios sin someterse a las reglas laborales, no estaban protegidos por las normas de prevención de riesgos, sino a través,

*si acaso, de fórmulas propias, al margen de las normas laborales... Todo lo anterior lo establece la LPRL, diferenciando, de una parte, el tratamiento aplicable a los empleados públicos en general, y, de otra, el más singular; compuesto de excepciones, peculiaridades o adaptaciones, previsto para determinadas categorías de empleados públicos en razón de ciertos intereses, circunstancias o factores” (pág. 15).*

Era imposible preverlo en aquel momento, pero la pandemia ha servido para testar este tema. Con carácter general, y siempre dentro de los márgenes que permitía el estado de alarma, la Administración dicta un “Procedimiento de Actuación para los servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-COV-2”. El citado documento señala cómo los servicios de prevención de riesgos laborales están llamados a cooperar con las autoridades sanitarias, adaptando su actividad y recomendaciones con el objetivo general de limitar los contagios. Dado que el contacto con el virus puede afectar a entornos sanitarios y no sanitarios, corresponde a las empresas evaluar el riesgo de exposición en que se pueden encontrar las personas trabajadoras. En dicho documento se recogen distintos escenarios de posible contagio de los profesionales (exposición al riesgo, exposición de bajo riesgo y baja probabilidad de exposición), incluyendo en una tabla a una serie de colectivos según la clasificación anterior. Y, en virtud de dicha clasificación, las medidas a adoptar para dichos colectivos -empleados públicos en su mayoría- serán más o menos exigentes. Conviene aclarar que, aunque en la elaboración del documento “han colaborado” una serie de entidades e instituciones, el sello en su parte superior identifica al Ministerio de Sanidad. Es cierto que, entre las colaboraciones, aparece la del Ministerio de Trabajo y Economía Social (por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo o por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social) pero no figura como autor del documento. Resulta de interés considerar estos datos porque, algunos de los colectivos incluidos en dicho Procedimiento -especialmente, el sector sanitario- deciden acudir al orden contencioso-administrativo en demanda de sus intereses y es allí precisamente donde se expone la contradicción que supone invocar preceptos de la Ley reguladora del proceso laboral y las medidas que pide, relacionadas con las pautas dictadas por el Ministerio de Sanidad.

Sin embargo, el orden social no prejuzga su competencia pues, “al menos indiciariamente” se suscita una controversia dentro de una materia propia del orden social como es la prevención de riesgos laborales. Mas, algunos elementos valorativos podrían alterar esta conclusión. En primer lugar, que se trata de un Procedimiento elaborado por el Ministerio de Sanidad y no por el Ministerio de Trabajo y Economía Social. Eso significa que, aunque el objeto sea la protección de la salud en los entornos laborales, la normativa excede de la materia propia de la prevención de riesgos laborales, centralizada en el ámbito laboral, tanto a nivel funcional como jurisdiccional. Porque, de no ser así, todas las medidas cautelares solicitadas como consecuencia de la pandemia y derivadas principalmente de este Procedimiento -y, especialmente, de su incumplimiento- deberían ser atendidas por un único orden, el social. Y, efectivamente, hay decisiones adoptadas en el orden social pero también las hay asumidas por el orden contencioso-administrativo. En segundo término, que dicho procedimiento recoge informes, protocolos y anexos que identifican expresamente como autor del citado procedimiento al Ministerio de Sanidad, sin referencia alguna al ámbito funcional del Ministerio de Trabajo. En tercer lugar, que es el Ministerio de Sanidad el que precisa las posibles “incompatibilidades” entre las patologías propias de los servidores públicos o de los trabajadores y la exposición al virus. Si se estableciera únicamente para los profesionales sanitarios cabría entender que en ellos se centra la competencia de dicho Ministerio y para el resto tiene prioridad la competencia funcional en materia de prevención de riesgos laborales. Pero no es así. En uno de los anexos de dicho Procedimiento se recoge la guía de actuación para la gestión de la vulnerabilidad y el riesgo en ámbitos no sanitarios, por lo que parece que el contenido de dicho Procedimiento, aunque tiene su origen en la

salud laboral, excede de la misma y protege, además, la salud en general. Finalmente, y en tanto ciertamente el objeto remoto de la pretensión es conseguir una correcta protección de los riesgos laborales que, en el desempeño de su función, deben soportar determinados colectivos de servidores públicos, lo cierto es que no se trata de una reclamación frente a su “empleador”, que es quien debiera ser el destinatario inmediato de la controversia en materia de prevención de riesgos laborales, siendo el destinatario de su petición otra entidad distinta. Durante todo este período la petición de medidas cautelares ha sido una constante, aunque muchas de ellas fueran rechazadas. Pero también ha sido habitual la disputa competencial (-orden social, orden contencioso; Tribunal Supremo-Audiencia Nacional; procedimiento de tutela de derechos fundamentales-salud laboral-conflicto colectivo-impugnación de un acto administrativo), lo que supone una manifestación palmaria de que el vínculo entre salud laboral y Administración todavía no ha sido definido convenientemente.

**4. González Ortega, S., “25 años de protección social”, *Revista La Ley*, num. 15170, 2010, pp. 1-30:** *“Algo similar sucede con las prestaciones por muerte y supervivencia, esto es, las de viudedad, orfandad y a favor de familiares... En cuanto, por ejemplo, a la prestación de viudedad, la norma no ha asumido aún el cambio del papel que cumple dicha pensión, que ha pasado de ser la única fuente de subsistencia de las mujeres, la mayoría, que no habían desempeñado ninguna actividad productiva, a convertirse en un complemento de otros ingresos tales como los derivados del trabajo o de otras pensiones como la de jubilación. Por no hablar de la resistencia del Sistema a considerar equivalentes el vínculo matrimonial con las cada vez más extendidas uniones de hecho... no (se) ha revisado, la compatibilidad entre la pensión de viudedad y otros ingresos, ni (se) ha determinado exactamente si se considera que la pensión de viudedad cubre una situación de necesidad real de carencia de recursos o un empobrecimiento relativo del hogar familiar por la desaparición de unos de sus miembros, ni (se) ha solventado, sino parcialmente, el tema del derecho a la prestación en situaciones de separación o divorcio, a través de la Ley 40/2007. Con lo que se ha acabado creando dos tipos de pensionistas de viudedad, como si pertenecieran a dos niveles prestacionales diferentes (lo que quizás fuera una solución): de una parte, los pensionistas sin recursos, tratados desde una perspectiva asistencial con prestaciones de mínimos garantizados, sólo indirectamente relacionadas con sus contribuciones previas; de otra parte, los pensionistas con recursos a los que esa fuente de ingresos no afecta a la percepción de la pensión, aplicando aquí estrictamente el principio contributivo” (pág. 24).*

En todo proyecto de reforma de la Seguridad Social, la viudedad, como apuntas, sigue siendo un elemento prestacional a debatir. En parte, por los nuevos modelos de familia, tan plurales y de realidad tan compleja que a la norma le resulta difícil atender sus necesidades. Pero, sobre todo, por la función de esta prestación en el sistema. Porque la significación de la dependencia económica de un cónyuge respecto de otro ha cambiado considerablemente, aunque sustancialmente siga siendo la mujer la que aporte ingresos más residuales y abandone su actividad laboral o profesional por el cuidado familiar. Mas es cierto que esta prestación cubre por igual a quien tiene rentas que a quien carece de las mismas, con una cuantía media inferior a la de otras prestaciones contributivas. Mayoritariamente femenina, la mujer sobrepasa al hombre en cuanto a número de beneficiarias de prestaciones contributivas -entre otras razones, por el acceso a la pensión de viudedad en cuya percepción suponen más del noventa por ciento de los beneficiarios- pero siempre está por debajo en relación a la cuantía, siendo los hombres los que perciben las prestaciones de cuantía más elevada de todo el sistema de Seguridad Social. Debería ser previsible que, a medida que se aproxima la tasa de actividad en uno y otro sexo y en tanto la mujer va consiguiendo mejores posiciones retributivas, la brecha de género pensionística tienda a minorarse e incluso a desaparecer. Algo que, sin embargo, no ocurre en relación a la viudedad, primero, por esa expansiva protección al margen de las rentas de sus perceptoras y, segundo, porque la expectativa de

vida de la mujer es mayor, resultando cónyuge supérstite respecto al hombre. Con todo, la pensión de viudedad se concibe como un elemento de compensación desigualdad laboral de la mujer aun cuando bien pudiera advertirse en sentido contrario. Esto es, considerarla como una protección tradicional de marcado acento paternalista que permanece anclada en la idea de subordinación general de la mujer y en una percepción contraria a su real emancipación y autonomía, debiendo lograr una protección social por derecho propio y no por derecho derivado. Salvo aquellos supuestos -excepcionales- en los que la mujer representa el principal soporte familiar y se deriva una pensión de viudedad para el hombre o en aquellos otros -ya cotidianos, pero no integrados plenamente en el ámbito de la protección- en el que sea un hombre o una mujer el soporte familiar de una familia con componentes del mismo sexo, la regla general es la del cónyuge femenino beneficiario de prestación -o subsidio- de viudedad.

La apertura prestacional al nuevo modelo de familia constituye ya un imperativo si no legal, sí social. Pero la clave no se halla tanto en la extensión de la prestación como en su significación. Porque quizá, tal y como se plantea desde antiguo, haya que posibilitar la pensión -de mayor cuantía y sin excesiva exigencia formal- a quienes realmente manifiestan una situación de dependencia familiar, desapareciendo en aquellos supuestos en los que esta vinculación ya resulta inexistente por las posibilidades reales del cónyuge supérstite. O, tal vez, para evitar un proceso de reconversión tan rígido, cabría posibilitar una solución intermedia semejante al actual subsidio de viudedad -que podría convertirse en una pensión de viudedad- en todo caso y con límite de duración -breve si hubiera compatibilidad con otras rentas y más largo en el supuesto contrario-, facilitando así un tránsito a la nueva situación familiar, en la medida de lo posible, no traumático. La pensión no tiene por qué dejar de ser contributiva toda vez que proviene de las contribuciones del cónyuge fallecido, ni dejar de estar dentro del sistema -como se propone cuando se defiende su asistencialización- pero sí deberá atender a la compatibilidad con el salario o rentas profesionales para su duración. Queda latente, no obstante, la crítica a una situación de desigualdad generada en el entorno contributivo respecto de aquellas personas que no tienen cónyuge y no pueden “reproducir” sus cotizaciones en varias pensiones. En efecto. Quien, tras percibir la pensión de jubilación, genera una de viudedad está “rentabilizando” más su contributividad que quien no puede hacerlo. Pero este tipo de argumentos no son propios de un sistema de protección social maduro en el que se plantean las necesidades, se asumen responsabilidades y se rechaza todo uso estratégico del mismo.

**5. González Ortega, S., “La protección social de las situaciones de dependencia”, *Relaciones Laborales*, núm.17/18, 2004, pp.1-41:** “Al establecerse una relación directa entre Seguridad Social y cuidador familiar, la particular naturaleza de esas prestaciones impide reconducirlas a un esquema contractual laboral. Se tratará, en cambio, de una prestación social pública que tiene como finalidad favorecer el cuidado familiar y recompensar a quien lo presta; pero sin que pueda predicarse ni la existencia de un contrato, ni de una relación de sinalagmaticidad, ni de un salario. Es, finalmente, una aplicación concreta de una prestación pública. No obstante, sería aconsejable prever estos conflictos y solucionarlos estableciendo un estatuto jurídico del cuidador familiar; así como declarando expresamente la naturaleza no laboral ni contractual de la relación que le vincula tanto con el dependiente como con la Seguridad Social. Al margen de la problemática anterior, es indudable la necesidad de tutela del cuidador familiar; con la finalidad de fomentar ese tipo de apoyo, aminorando los efectos negativos que el mismo pueda sufrir en relación con el empleo y con la protección social a que el propio cuidador pueda tener derecho” (pág. 33).

No existe un Estatuto (formal) del cuidador (informal) familiar en los términos que, con acierto, planteabas en este artículo y que describiste posteriormente en una obra monográfica



sobre su contenido en el año 2009. Quizá porque la ley, con más decepción en su aplicación de la esperada, impulsaba la prestación de servicios sobre la económica. De hecho, el cuidador informal -cuidadora, normalmente mujer e hija- soporta una carga multifactorial (carga física, psicológica, emocional, social, económica, etc) que hace poco atractiva la prestación, aunque resulte necesaria. La situación de estrés y la falta de atención a sí misma de la cuidadora son causa de enfermedad que se agudiza en el entorno de la dependencia. Se denominan estresores a aquellos factores o experiencias que dan lugar al estrés, ya sean de índole objetiva, es decir, las necesidades que presenta la persona mayor y las tareas que tiene que desarrollar la cuidadora, ya sean de índole subjetiva, que incluyen las sensaciones negativas experimentadas por el cuidado. La salud física se resiente al apreciar, de forma bastante común, fatiga general, agotamiento físico, dolores dorsales, pérdida de fuerza; pero los efectos más importantes se hallan en el terreno emocional y psíquico con nerviosismo, irritabilidad, ansiedad, insomnio, depresión, angustia, culpabilidad, pérdida de autoestima, tristeza, pesimismo, desilusión, soledad, impotencia, alteraciones psicósomáticas, desorientación o, lo que describen todos los Informes, una situación de pluripatología en la que los efectos psicológicos se manifiestan en trastornos físicos somatizados. Amén de los efectos que estos cuidados pueden generar, en su caso, en el ámbito laboral de la cuidadora, en una aceptación mucho menos comprensiva que cuando se trata del cuidado de menores.

Una experiencia cercana sobre la regulación del Estatuto que proponías la encontramos en nuestros vecinos portugueses que, si bien aprobaron una ley en 2019, han ejecutado la entrada en vigor de la misma en enero de este año 2022. El cuidador informal será quien cuide a otras personas en situación de dependencia, pero ha de ser necesariamente mayor de edad y familiar de la persona cuidada, entre otros requisitos exigidos. Los cuidadores pueden ser considerados principales o no principales; los primeros son aquellos que viven con la persona dependiente y que la acompañan y cuidan de forma permanente sin recibir remuneración alguna por estos cuidados; por lo que respecta al cuidador no principal, acompaña y cuida a la persona dependiente de manera regular pero no de forma permanente pudiendo recibir una remuneración por su actividad profesional. Sólo cabe el reconocimiento de un cuidador principal por domicilio y de tres cuidadores no principales como máximo por persona cuidada. El cuidador principal recibirá un subsidio de apoyo y podrá cotizar a la Seguridad Social voluntariamente, siendo a su cargo la cotización con una pequeña ayuda del sistema de dependencia. Cuarenta y siete artículos componen la norma en la que se recogen derechos muy similares a los laborales, como los períodos de descanso y la formación, sin que se califique como tal la relación. Nada obsta una regulación semejante en nuestro sistema si bien la consideración como laboral de la relación plantearía dificultades de envergadura. Y no sólo las apuntadas en este artículo por la triangular relación entre Administración, cuidador y persona dependiente sino por la relación familiar que condiciona la misma. Porque si no se trata de un cuidador familiar, responderá a una relación laboral con la Administración o con un tercero prestador del servicio. Pero si, como suele ocurrir, el cuidador informal es un familiar volveríamos a encontrarnos con el prejuicio que las legislaciones laboral y de Seguridad Social plantean de manera constante a la inclusión de familiares en este ámbito, básicamente para evitar el fraude.

**6. González Ortega, S., “Las edades de jubilación”, en AAVV, Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación, Madrid, Iustel, 2007, pp.1195-1218:** *“Se viene sosteniendo a lo largo de este trabajo que la edad es un requisito esencial de la prestación de jubilación. Pero también es posible definir alguna hipótesis en la que dicha circunstancia puede ser irrelevante; o, dicho de otro modo, donde la pensión de jubilación podría obtenerse a cualquier edad siempre que se cumplan determinados requisitos. Esto, que parece incongruente con la lógica dominante de la pensión de jubilación, puede suceder en determinados enfoques de la misma. Más concretamente, el que considera la pensión de jubilación como una recompensa en sentido*

*estricto./ En efecto, al igual que en la fijación de la edad estándar de jubilación influye la idea de recompensa por un amplio desempeño profesional que se supone realizado precisamente al cumplir esa edad que se establece como la razonable para que un sujeto activo abandone de forma definitiva esa u otra actividad diferente, la idea de recompensa puede formularse de otra manera. Individual y no genéricamente; referida a sujetos concretos y no a un sujeto colectivo o abstracto; como respuesta a una carrera personal de trabajo y contribución financiera al sistema y no como la valoración genérica de lo que se supone que un trabajador estandarizado ha aportado previamente al sistema de Seguridad Social” (pág. 1209).*

Pensiones fundadas en la contribución y no tanto en la edad del trabajador, al estilo de otros ordenamientos que, como el francés, basan su sistema de jubilación “por antigüedad” más que por edad o como el italiano con las baby pension. Con buen criterio, utiliza la referencia de las clases pasivas toda vez que los derechos pasivos compensan con una pensión los años de prestación de servicios realizados. Eso permite que, con edades diferentes, se pueda acceder a la pensión si se asimila el número de años de servicios prestados. Para que eso ocurra, propones una carencia amplia (por ejemplo, el máximo de pensión en nuestro país) aun cuando, pese a todo, semejante exigencia pudiera derivar en jubilaciones a edades tempranas (50 años, por ejemplo). Aunque también admites que la exigencia sea inferior (quince años de cotización) a cambio de una pensión de cuantía proporcionalmente menor. Con el alcance que supone calcular este tipo de pensión con las aportaciones estrictamente individuales -sin recurso alguno a la solidaridad ni a ningún tipo de garantía de pensión mínima- y con el mantenimiento posible de actividad por cuanto al tratarse de una recompensa por la actividad previa, el derecho se genera y se determina por los rasgos de ésta, resultando irrelevante una posible compatibilidad entre pensión y salario. Dilema este último, el de la compatibilidad, conocido y no del todo resuelto. Aunque se han introducido algunos elementos permisivos en este sentido, no reconoce nuestro ordenamiento una fórmula que asuma una compatibilidad plena entre trabajo y pensión. Sobre todo, si se accede a esta última antes de tiempo, antes de cumplir la edad ordinaria, cualquiera que ésta sea. Cuando precisamente son supuestos en los que la cuantía de la pensión tiende a reducirse y la necesidad de compatibilidad con el trabajo se sobredimensiona. Por el momento, la opción es la contraria; a saber, restringir la aplicación de la norma de compatibilidad a situaciones que, a medio y largo plazo, resultarán más reducidas -largas carreras de cotización y en activo a la edad ordinaria-. Ciertamente, cabría plantear que precisamente quien decide jubilarse antes de una edad ordinaria de forma voluntaria no tiene la necesidad de prolongar su vida activa mediante la compatibilidad entre pensión y trabajo, siendo ambas pretensiones contradictorias. Pero constituiría tal planteamiento un exceso de tutela si se confía en que quien se jubila quiere siempre dejar de trabajar. Además, si lo que se pretende es aprovechar la experiencia y conocimientos del trabajador jubilado, este objetivo parece lícito tanto en quienes acceden a una edad legal -ordinaria o reducida- como en quienes lo hacen anticipadamente.

Quizá la clave se encuentre, en términos ya manifestado, en la consecución de un sistema flexible de jubilación. La edad de jubilación es probablemente uno de los problemas más importantes a los que se enfrenta cualquier hipótesis que pretenda lograr la sostenibilidad de los sistemas públicos de pensiones en tanto elemento nuclear del mismo. Por su complejidad, la fijación de la edad de jubilación deberá considerar no sólo la elección de un número determinado de años cotizados o la previsible incapacitación del trabajador, sino las posibilidades de vida, el nivel de empleo, el coste de las pensiones, el desarrollo de la economía, la integración social, etc. Mas la pensión de jubilación sigue respondiendo a la necesidad de proteger la contingencia de la vejez. Y aunque es la edad el factor determinante de la vejez, no tiene por qué ser éste, el de la edad, un concepto objetivo ni cronológico, sino que se presenta como incierto y modificable en función de necesidades,

ya económicas, ya profesionales, ya personales. La interrelación entre la edad y la vejez cambia y la presunta incapacidad del trabajador al cumplir una determinada edad ya no se produce en los mismos términos que en el siglo pasado. Por eso, convendría plantear un sistema de jubilación flexible, un sistema de jubilación adaptado a la diversidad intrínseca de un mercado de trabajo permeable y en el que todas las opciones estén representadas porque todas las opciones son viables, incluso compatibles, en una realidad en la que todos los Gobiernos impulsan la prolongación de la edad y el envejecimiento activo, pero no renuncian a integrar fórmulas que faciliten la reducción de la edad de jubilación. De hecho, podría afirmarse cómo existe ya un sistema flexible de jubilación que bien pudiera significar el origen de un sistema más consolidado en el futuro. En un sistema flexible, la edad de jubilación se convertiría en una simple referencia general, a partir de la cual cabría abrir una amplia gama de edades de jubilación posibles en función de soluciones individualizadas de los trabajadores o institucionalizadas por cada país. La flexibilidad supone capacidad de opción –tener entre qué elegir- y voluntad de opción –poder hacerlo-. Ciertamente son muchas las incógnitas a resolver y distintas las combinaciones a formular (únicamente la edad; únicamente el número de años cotizados; tanto la edad como un número concreto de años cotizados; la edad más otros elementos pero sin tener en cuenta un número mínimo de años cotizados; la cotización más otros elementos pero sin reparar en la edad del sujeto; la edad, una cotización mínima más otros elementos distintos; o, en fin, otras muchas posibilidades que pudieran establecerse). No hacerlo puede tener consecuencias negativas para el sistema. Se podría estar contribuyendo a crear una “jubilación de ricos” –para quienes ven completadas la cuantía de la pensión pública con aportaciones empresariales o para quienes, por disfrutar de altos salarios, no encuentran aliciente alguno en una pensión de jubilación sometida a una tope máximo- y una “jubilación de pobres” –en la que no se “opta” por permanecer en activo sino que no existe otra salida para sobrevivir, deviniendo la opción en una obligación-. Con un riesgo incluso mayor que el de la demografía o más difícil que el que se deriva de las condiciones económicas; el de la falta de credibilidad del sistema. Porque si la población trabajadora, cotizante, comprueba que el sistema no protege sus necesidades, dejará de contribuir, fomentando la economía sumergida. Pero, si deja de contribuir, el sistema agudizará sus dificultades de sostenibilidad. Con una consecuencia reprochable y es que, con el pretexto de ahorrar costes en el sistema de Seguridad Social, decisiones excesivamente rígidas en este ámbito podrían generar un daño irreversible a la viabilidad del mismo.

**7. González Ortega, S., “Pensiones complementarias”, en AAVV, Pensiones. Presente y Futuro, Oviedo, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005, pp. 175-194:** *“Como una cierta prolongación del debate anterior, los sistemas complementarios de pensiones tropiezan, en primer lugar, con frecuentes disquisiciones de tipo terminológico; de forma que es posible encontrar una amplia gama de denominaciones: mejoras voluntarias; mejoras directas de prestaciones; previsión complementaria, social o a secas; seguridad social complementaria; protección social complementaria, previsión voluntaria, etc. Diferentes nombres que, en cuanto tienen relevancia no sólo clasificatoria sino en lo que hace a los principios, funciones y reglas que regulan las pensiones complementarias, también reflejan las diversas posiciones que se han mencionado antes. Por ejemplo, calificarlas de Seguridad Social complementaria puede ser una manera de ubicarlas dentro del propio sistema de Seguridad Social, como si se quisiera con ello contaminarlas de la carga valorativa, de principios y de garantías que tiene el recurso a dicha institución pública; en cambio, eludir toda la mención a la Seguridad Social y recurrir a expresiones donde lo relevante sea la naturaleza voluntaria y/o privada de los sistemas complementarios (previsión complementaria, pensiones privadas...), coloca a estas pensiones extramuros del sistema de Seguridad Social público, como algo separado y distinto, estableciendo con la Seguridad Social en sentido propio una conexión meramente funcional o instrumental....*

*De nuevo de forma pragmática, parto de un concepto de pensiones complementarias... concibiéndolas como "pensiones o prestaciones económicas vitalicias que complementan o se suman a las pensiones que se obtienen del sistema público de Seguridad Social" (pág. 176).*

Qué dirías, ahora, sobre el Fondo Público de Pensiones. Qué dirás sobre la inclusión de los esquemas de los planes y fondos de pensiones en el ámbito público o sobre la extensión de principios públicos a operadores privados de estos sistemas complementarios que describes. Aunque la reforma puede que no sea tan revolucionaria. En principio, nace con la intención de potenciar los planes de pensiones de empleo, que deberán replantearse ahora desde la negociación colectiva -preferentemente sectorial-. Además, se trata de posibilitar que autónomos, pequeñas y medianas empresas, empleados públicos y socios de cooperativas o sociedades laborales puedan promover e integrar este tipo de planes. Desaparecerán progresivamente los planes asociados y cambiará la percepción del plan individual, dependiendo finalmente de los incentivos fiscales que se dispongan para este fin. Con todo, lo más novedoso será la irrupción de un Fondo de Pensiones de Empleo de Promoción Pública y la creación de una nueva figura, la de los planes de pensiones de empleo "simplificados". El nuevo Fondo de Pensiones será administrado por una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria y bajo la supervisión de una única Comisión de Control Especial para todos los fondos de pensiones de promoción pública, los activos se invertirán teniendo en cuenta la rentabilidad, el riesgo y el impacto social de las inversiones, se desarrollará un proceso de selección de las entidades gestoras y depositarias basado en los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia y, en fin y entre otras características, empleará una plataforma digital común para garantizar la operatividad entre gestoras y depositarias y la agilidad de las operaciones. Por lo que se refiere a los planes de pensiones de empleo simplificados de naturaleza sectorial, las empresas incluidas en un acuerdo colectivo estatutario de carácter sectorial en el que se prevea este tipo de planes de pensiones, deberán adherirse al mismo si así lo establece el citado acuerdo. Salvo que este último admita que las empresas del sector puedan no adherirse al plan sectorial a cambio de promover su propio plan, al igual que se permite que el plan de pensiones de ámbito sectorial pueda estar abierto a empresas de otros sectores de actividad.

Un planteamiento novedoso, pero que, tal vez, podía haber resultado más ambicioso. Nada impide que, alternativamente -no sustitutoriamente- la opción voluntaria que realiza cualquier trabajador de completar su pensión con una aportación adicional a la obligada cotización sea gestionada por la Seguridad Social. Aunque el adjetivo "libre" empleado por el artículo 41 CE puede tener varias acepciones, la interpretación más consolidada es que la diferencia entre una pensión privada y una pública es el carácter voluntario de la primera frente a la obligación de la que surge esta última. Su integración, por lo demás, en el ámbito de la Seguridad Social proviene de antiguo, desde que las mejoras voluntarias se incorporaran al primigenio texto de la Seguridad Social moderna, permitiendo a empresarios y trabajadores completar las prestaciones o pensiones de la Seguridad Social más allá de la obligación legal de cotización. Por lo demás, constitucionalmente se admite un modelo abierto de Seguridad Social que permite injerencias privadas sin distorsionar su esencia. Y, aunque se trate de una nueva formulación para garantizar su percepción, sigue representando el interés de empresarios y trabajadores por completar lo que la Seguridad Social dispensa a través de una aportación adicional para incrementar la pensión. Sistemas que suelen funcionar capitalizando la aportación para individualizar la prestación, sin que se someta al régimen de reparto propio del ámbito público. Y, si bien puede resultar *a priori* rechazable que un sistema complementario "privado" -voluntario, financiado por el empresario, por el trabajador, por ambos o sólo por uno de ellos y basado en la capitalización y, por ende, individualizado- pueda ser gestionado por el sistema público, no existe ninguna norma legal ni ningún límite constitucional que lo impida. Tan sólo la

tradicional forma de gestión privada seguida hasta el momento. Con un matiz. La presencia de ánimo de lucro consustancial a cualquier actividad mercantil, que ha de estar ausente en la gestión realizada por un sistema público. Sin embargo, esa objeción puede ser fácilmente rebatible si se tiene en cuenta que, en caso de gestión pública, el beneficio obtenido -como ocurre con las Mutuas colaboradoras- se integraría en el sistema y repercutiría -directa o indirectamente- en el trabajador beneficiario de una pensión pública “mejorada”. Con ello se relativizaría toda objeción surgida del sector asegurador privado que considerará esta opción como una competencia no admitida en el ámbito mercantil de la rama aseguradora, reservada exclusivamente al sector privado y sin posibilidad de incursión alguna por parte de entidades gestoras públicas. Por lo demás, el Fondo de Reserva puede operar, ante semejantes objeciones, como contención y como ejemplo. Contención porque, siendo un fondo de capitalización creado por el legislador estatal, se rige por su propia normativa, y como ejemplo, porque las estrictas reglas de inversión permiten garantizar una rentabilidad segura de los recursos depositados. Por lo demás, y comoquiera que el sistema de Seguridad Social se basa en unos parámetros fuertemente profesionales, debería restringirse la posibilidad de gestionar en el ámbito público sólo aquella opción de quien se encuentra dentro de sistema de Seguridad Social. Se resolverían, así, algunas paradojas como, por ejemplo, la que supone que el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado, en el que están presentes las entidades gestoras de la Seguridad Social, sea gestionado por una entidad bancaria. Nada impediría, en este contexto, que la Administración de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social) llevara a cabo tal gestión, evitando costes y generando, en su caso, beneficios para el sistema. La experiencia en gestión de capitales coste por parte de la Tesorería avalaría la eficacia en el cumplimiento de esta obligación. Mas no es éste el modelo que ahora se impulsa, muy alejado de esta propuesta de complemento privado a la pensión pública dentro del sistema público.

Hasta aquí nuestra conversación (dialogar alternando turnos) que, confío, podamos reproducir personalmente.

No concibo la actividad universitaria como una profesión de riesgo, aun cuando sean muchos los que haya que superar en su desarrollo. Sí la asumo, sin embargo, como un permanente ejercicio crítico, propio y ajeno. Santiago González Ortega contribuye con su magisterio al avance de las ideas, sociales y jurídicas, desde la reflexión -que supera cualquier descripción-, el debate -que trasciende la versión más naif de toda polémica-, la creación -ingenio intelectual presente en toda su obra científica- y el rigor -capacidad exigible, no siempre presente en la actividad investigadora-. Aprendí y me enseñó desde el respeto mutuo y desde la admiración que su incuestionable vocación universitaria suponía para mí. Sirva este reconocimiento a su dedicación, a su obra, a su entrega y a su escuela como una manifestación sincera de agradecimiento por tantas ideas compartidas y por aquellas que, desde la diferencia, supimos compartir. *“El hecho mismo de que no pueda a voluntad dejar de ser un ser racional, es decir un ser que puede y debe actuar racionalmente, es una limitación de la libertad”*, Karl Marx, *En defensa de la libertad. Los artículos de la Gaceta Renana, 1842-1848*, en la edición de Fernando Torres, ed. S.A. Valencia, 1983, pág. 199.

Santander, 15 de junio de 2022

**LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN AL PAGO DE  
PRESTACIONES EN EL MARCO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA**

CAROLINA GALA DURÁN

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

Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL MARCO NORMATIVO: UNA SITUACIÓN MEJORABLE
3. LA POSICIÓN JUDICIAL: UN GIRO DE 360 GRADOS
4. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Quiero empezar este trabajo señalando que el profesor Santiago González Ortega ha sido siempre un referente para mí en muchos temas y especialmente en materia de Seguridad Social. De hecho, fue uno de los miembros del tribunal que evaluó mi tesis doctoral en el, ya lejano, mes de diciembre de 1995; tesis dedicada a la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones de la Seguridad Social. Es por ello por lo que, en este muy merecido homenaje, me he decantado por los temas de responsabilidad en materia de Seguridad Social. Y, en concreto, por la importante evolución jurisprudencial que se ha dado, en los últimos años, en el ámbito de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones cuando se produce una sucesión de empresas.

## 2. EL MARCO NORMATIVO: UNA SITUACIÓN MEJORABLE

Si nos preguntamos qué ocurre si se produce una sucesión de empresa en los términos del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores -concepto que, como es conocido, ha sido objeto de una larga y “diversa” interpretación judicial interna y comunitaria-, y existen deudas pendientes de Seguridad Social previas a la sucesión, la respuesta, desde la perspectiva de la empresa sucesora, no es fácil de asumir. Y, además, cabe diferenciar entre la deuda por cotizaciones a la Seguridad Social y la deuda por pago de prestaciones derivada de lo previsto en los artículos 167.2 de la Ley General de la Seguridad Social y 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966. Como ya adelantamos, nos centraremos exclusivamente en este segundo tipo de deudas, con un único apunte: ni las normas aplicables ni, sobre todo, la posición jurisprudencial existente en cada uno de esos dos casos son las mismas, pero en ambos supuestos existe un elemento común: la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora en el pago total de las deudas anteriores a la sucesión de empresa.

Empezando por el marco normativo, cabe recordar, en primer lugar, que, conforme a lo previsto en el citado artículo 167.2 de la Ley General de la Seguridad Social, el incumplimiento de las obligaciones en materia de altas y bajas y de cotización determina la exigencia de responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones de la Seguridad Social en los términos recogidos en los artículos 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966 (que se mantienen vigentes actualmente con valor reglamentario). En esta materia, por el propio carácter obsoleto de dichas normas -su falta de actualización es totalmente incomprensible-, existe una numerosa y cambiante jurisprudencia.

Y, en segundo lugar, en el marco concreto de una sucesión de empresa, en el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores se establece que, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión fuese declarada delito. Esa referencia expresa a “sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social” lleva a lo dispuesto en el artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social, considerada como norma especial a estos efectos.

Y en dicho artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social se prevé, con una redacción que no se ha modificado desde hace más de cuarenta años, que, en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas

antes de dicha sucesión. Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes.

Ahora bien, si hacemos una valoración global de esta normativa cabe hacer cuatro consideraciones:

- 1ª) Como ya hemos señalado, a pesar de la referencia del artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores, los tribunales consideran que, en esta materia, la norma especial aplicable es el artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social.
- 2ª) El artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social no se ha modificado nunca, limitándose los sucesivos textos refundidos de la Ley General de la Seguridad Social a reproducir el texto anterior.
- 3ª) Nunca se ha producido el desarrollo reglamentario previsto en el citado artículo 168.2 y, como veremos en el siguiente apartado, aun existiendo dicho certificado expedido por la propia Tesorería General de la Seguridad Social, el Tribunal Supremo no le da -salvo supuestos muy excepcionales- ningún valor; y,
- 4ª) como no podía ser de otra manera, esa normativa -particularmente el artículo 168.2- ha sido objeto de interpretación (y reinterpretación) por parte de los tribunales. No obstante, se trata de una doctrina judicial no muy numerosa y que -y esto resulta muy relevante-, ha dado un giro de trescientos sesenta grados a partir del cambio que, en materia de recargo de prestaciones, se produjo a partir del año 2015, como consecuencia, a su vez, de la influencia de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015 (asunto Modelo Continente Hipermercados S.A., C-343/13). En otras palabras, esta sentencia del Tribunal de Justicia dio lugar a un importante cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la responsabilidad en materia de recargo de prestaciones en el ámbito de la sucesión de empresa, y, posteriormente, esta nueva doctrina se ha trasladado también a la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones derivada del artículo 167.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Como veremos a continuación, ese cambio de doctrina implica una mayor responsabilidad para la empresa sucesora.

Pero, al margen de esa labor judicial de interpretación, es necesario poner de relieve una cuestión: como en otras materias en el marco de la sucesión de empresa, en esta la regulación vigente resulta claramente mejorable, tanto desde la perspectiva de su necesaria actualización como en cuanto a su alcance, al existir cuestiones -entre ellas el desarrollo reglamentario pendiente- que deberían regularse mejor, máxime si tenemos en cuenta que los fenómenos de sucesión de empresa resultan, cualquiera que sea su formulación, cada vez más comunes y, a la vez, cada vez más complejos.

### **3. LA POSICIÓN JUDICIAL: UN GIRO DE 360 GRADOS**

En relación con la posición de los tribunales en el ámbito de la responsabilidad que puede asumir la empresa sucesora cuando la empresa sucedida ha incurrido en una falta de alta y/o cotización (o infracotización) que da lugar a la responsabilidad en orden al pago de prestaciones regulada en el artículo 167.2 de la Ley General de la Seguridad Social, vamos a distinguir entre cuestiones que no han variado y aquella que, como ya hemos señalado, ha cambiado completamente.



En cuanto a las primeras, cabe señalar que:

- 1) Según los tribunales, el concepto de sucesión de empresa aplicable en este marco es el recogido en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, aquella se produce cuando la transmisión afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio<sup>1</sup>.
- 2) Como ya hemos señalado, la norma especial aplicable es el artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social, y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores se convierte en una norma complementaria a estos efectos. La única excepción es el caso en que la sucesión de empresa se produce en el marco de un concurso de acreedores, en cuyo caso prevalece lo establecido en los artículos 221.2 y 224.1.3º del Texto Refundido de la Ley Concursal de 2020.
- 3) La responsabilidad de la empresa sucesora es solidaria por deuda propia, con un fundamento ex lege. Por tanto, no puede excluirse de ningún modo y cualquier pacto en ese sentido no tiene efectos frente a terceros.
- 4) En caso de sucesión “en cadena” -una empresa sucede a otra y esta a su vez es asumida por otra-, la responsabilidad solidaria se acumula y se deriva y alcanza a la última empresa sucesora.

Y, 5) respecto a quién puede beneficiarse del reconocimiento de la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora cabe recordar que, del pago de prestaciones derivado de un incumplimiento empresarial, puede beneficiarse tanto el propio trabajador o ex trabajador beneficiario de la correspondiente prestación de la Seguridad Social (cualquier tipo de prestación económica, con independencia de si deriva de una contingencia profesional o común) como sus familiares (en el marco de las prestaciones por muerte y supervivencia).

Y, en cuanto a la materia que ha cambiado en los últimos años que es precisamente la esencial, se trata de la delimitación del alcance que tiene la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora, es decir, en qué casos va a responder esta cuando se declara la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones regulada en el artículo 167.2. En este punto, como ya hemos avanzado, se ha producido un cambio radical, un cambio de 360 grados.

En este ámbito, cabe recordar que el artículo 168.2 señala simplemente que la empresa sucesora responde solidariamente “de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”, pero ¿cómo se interpretan estos términos? En otras palabras y poniendo un ejemplo concreto, si la empresa sucedida no dio de alta a un trabajador durante diez años y es declarada responsable del pago del porcentaje correspondiente de la pensión de jubilación a percibir por dicho trabajador (es decir, el porcentaje derivado de esos diez años de incumplimiento), sin perjuicio de la obligación de anticipo a cargo de la Seguridad Social conforme al artículo 167.3 de la Ley General de la Seguridad Social, ¿responde solidariamente de dicho pago la empresa sucesora? Pues depende precisamente de cómo se interprete la expresión “prestaciones causadas antes de dicha sucesión”.

Y en este punto clave es donde se ha producido el cambio antes referido. En efecto, cabe señalar que, durante muchos años, los tribunales de la jurisdicción social interpretaron restrictivamente los términos “prestaciones causadas antes de la sucesión”, entendiendo que la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora solo era exigible

<sup>1</sup> Entre otras, STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2016 (rec. 6132/2015).

cuando el incumplimiento era anterior a la sucesión y la prestación se había reconocido (“causado”) antes de la fecha de la sucesión de empresa. Esta interpretación judicial era favorable para la empresa sucesora ya que, dado que la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones conlleva el ingreso del correspondiente capital coste de la prestación en la Tesorería General de la Seguridad Social, la responsabilidad solidaria solo se activaría cuando dicho ingreso no se hubiera realizado previamente a la sucesión por la empresa sucedida. Y cabe pensar que el número de casos en que esto se podía producir es escaso.

En otras palabras, la empresa sucesora no respondía nunca cuando, tratándose de un incumplimiento anterior a la sucesión de empresa, la correspondiente prestación se solicitaba y reconocía con posterioridad a la misma; circunstancia que se producía en muchos casos (especialmente en prestaciones como las pensiones de incapacidad permanente o de jubilación, de largo recorrido temporal). Así, en la STSJ del País Vasco de 11 de enero de 2005 (rec. 1969/2004) se afirmaba que: “... nos encontramos con unos incumplimientos empresariales en materia de cotización que han repercutido en la pensión de jubilación causada con posterioridad a la sucesión empresarial, lo que determina que, la incuestionada responsabilidad atribuida a la entonces empleadora no pueda hacerse extensiva, en base a la doctrina y normativa invocada, a la sucesora...”; mientras que la STSJ de Madrid de 28 de abril de 2008 (rec. 5459/2007) establecía que: “...la responsabilidad del empresario sucesor por las prestaciones de seguridad social de las que sea responsable el empresario anterior alcanza tan sólo a las causadas antes de la sucesión, lo que responde a una exigencia elemental de protección de la seguridad del tráfico jurídico y a los principios generales en materia de responsabilidad por daños...”. El objetivo final de esta posición judicial era limitar, el máximo posible, el alcance de la posible responsabilidad solidaria de la empresa sucesora.

La única excepción a esta doctrina judicial se situaba en el caso particular de la fusión de sociedades por absorción, donde se declaró la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora como consecuencia de la sucesión universal en los derechos y obligaciones que se producía en tales situaciones<sup>2</sup>.

Con esta interpretación judicial, aplicada durante bastantes años en pensiones como la de jubilación<sup>3</sup> o incapacidad permanente<sup>4</sup> y tanto en casos de falta de alta/cotización como de infracotización, la empresa sucesora asumía un riesgo mínimo en los supuestos de responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones. Pero ello también conllevaba que el coste final -si la empresa sucedida había desaparecido o era insolvente, cosa bastante probable- de esa responsabilidad era asumido por el propio sistema de Seguridad Social, que acababa abonando la totalidad de la prestación.

Sin embargo, esta solución cambia tras la asunción por parte del Tribunal Supremo, en materia de recargo de prestaciones, de la doctrina de la, ya citada, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015 (asunto Modelo Continente Hipermercados S.A., C-343/13), por cuanto a partir de ese momento el Tribunal Supremo al referirse a la expresión “prestaciones causadas” recogida en el artículo 168.2, entiende que la misma -aunque la vincule al citado recargo-, abarca no solo las prestaciones

<sup>2</sup> SSTSJ de Cataluña de 29 de julio de 2011 (rec. 4178/2010) y 21 de febrero de 2014 (rec. 6286/2013) y Castilla-La Mancha de 1 de abril de 2016 (rec. 864/2015).

<sup>3</sup> Entre otras, SSTS de 22 de noviembre de 2005 (rec. 4428/2004), 13 de noviembre de 2006 (rec. 578/2005) y 23 de enero de 2007 (rec. 2097/2005) y SSTSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 2012 (rec. 4392/2011); Galicia de 3 de marzo de 2010 (rec. 2528/2009); e Islas Canarias de 31 de enero de 2011 (rec. 1302/2010).

<sup>4</sup> SSTSJ Cataluña de 4 de marzo de 2005 (rec. 4194/2004) y 26 de julio de 2012 (rec. 4078/2011) y Cantabria de 11 de octubre de 2006 (rec. 723/2006).

causadas antes de la sucesión de empresa, sino también aquellas que se encontraban “in fieri” y que, en consecuencia, se causaron -reconocieron- después de dicha sucesión. Y ello por cuanto el daño o los efectos desfavorables sobre la correspondiente prestación por la falta de alta o de cotización a la Seguridad Social, por la propia dinámica contributiva de las prestaciones de la Seguridad Social, ya estaba en curso de producirse o generarse en el momento en que se produjo la sucesión de empresa, aunque la prestación se reconociese con posterioridad a aquella. Es decir, no se debe realizar una interpretación formal de la palabra “causadas” recogida en el artículo 168.2, sino material, concluyendo que no se refiere solo a las prestaciones “reconocidas” antes de la sucesión de empresa, sino también a aquellas “generadas” antes de la misma.

Así, entre otras, en la STS de 27 de marzo de 2019 (rec. 2137/2017) se señala que la doctrina elaborada en torno al recargo de prestaciones, que otorga un alcance determinado a un precepto general de la Ley General de la Seguridad Social en materia de responsabilidad empresarial en los casos de sucesión de empresa -el artículo 168.2-, debe aplicarse también a aquellos incumplimientos de la empresa sucedida que afectan a los derechos prestacionales de los trabajadores; debiendo la empresa sucesora asumir todas las consecuencias que le hubieran deparado a la sucedida, en virtud del artículo 167.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Añadiéndose a ello que “... no habiendo desaparecido ni extinguido la responsabilidad en que ha incurrido la anterior empresa por sus incumplimientos en las obligaciones de cotización y respecto de las prestaciones que corresponden a los que fueron sus trabajadores, dicha responsabilidad ha pasado a asumirla la nueva empresa, colocándose en la posición de aquella, respecto de todos los derechos y obligaciones que a aquellos les podía corresponder, como en materia de prestaciones de la Seguridad Social”. Asimismo, esa conclusión concuerda con los amplios términos en que el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a la subrogación del nuevo empleador en las obligaciones de Seguridad Social<sup>5</sup>.

Más recientemente, en la STS, Sala de lo Social, de 30 de marzo de 2022 (rec. 4810/2018) se afirma que “... la anterior doctrina, en tanto que otorga un alcance determinado a un precepto general de la LGSS en materia de responsabilidad empresarial en casos de sucesión de empresa, para supuestos como el que aquí concurre (una infracotización que afecta a la pensión de jubilación), debe aplicarse a aquellos en que existan incumplimientos de la empresa que ha sido adquirida por fusión y que afecten a los derechos prestacionales de los trabajadores subrogados. Y ello es lo que sucede en el presente supuesto, en el que el recurrente ha sucedido a la empresa incumplidora, teniendo que asumir todas las consecuencias que le hubieran deparado a la sucedida en el caso de no haber sido fusionada, por virtud del art. 126.2 de la LGSS 1994 (actual art. 167.2 LGSS). El art. 127.2 de la LGSS, actual 168.2 de la vigente Ley, al establecer que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, no está excluyendo, como bien ha señalado esta Sala, la responsabilidad que correspondería a las empresas que se han transformado estructuralmente, por medio de operaciones de fusión, respecto de las prestaciones que se reconozcan con posterioridad a dicha reestructuración en tanto que esas situaciones, en sí mismas, ya llevan implícita una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de una empresa a otra (tal y como recordaba nuestra doctrina al referirse a determinados preceptos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones

<sup>5</sup> También SSTS de 19 de diciembre de 2019 (rec. 3276/2017), 5 de febrero de 2020 (rec. 3117/2017), 7 de mayo de 2020 (rec. 169/2018) y 6 de octubre de 2021 (rec. 4736/2018).

estructurales de las sociedades mercantiles, como los arts. 23, 80 y 81), de manera que, no habiendo desaparecido ni extinguido la responsabilidad en que ha incurrido la anterior empresa por sus incumplimientos en las obligaciones de cotización y respecto de las prestaciones que corresponden a los que fueron sus trabajadores, dicha responsabilidad ha pasado a asumirla la nueva empresa, colocándose en la posición de aquella, respecto de todos los derechos y obligaciones que a aquellos les podía corresponder, como en materia de prestaciones de la Seguridad Social. Añadamos que esta conclusión concuerda con los amplios términos en que el artículo 44.1 ET se refiere a la subrogación del nuevo empleador en las obligaciones de Seguridad Social...”. Se trata ya, pues, de una doctrina consolidada.

Y la misma doctrina se ha seguido en los Tribunales Superiores de Justicia, es decir, también se ha trasladado la solución aplicada al recargo de prestaciones al pago de prestaciones vía artículo 168.2, señalándose al respecto en la STSJ de Asturias de 7 de junio de 2017 (rec. 963/2017) que: “... es cierto que dicha doctrina se ha aplicado al recargo de prestaciones, pero se ha tratado de una equiparación del recargo al resto de las prestaciones de seguridad social, a los efectos del régimen de responsabilidad por sucesión que contempla el artículo 127.2 de la LGSS, -actual 168.2 del texto refundido-. Se trata, por consiguiente, de una doctrina plenamente aplicable a las prestaciones de seguridad social como es la pensión de jubilación que nos ocupa. Empleando la propia terminología del TS, el daño producido a la pensión de jubilación del demandante ya estaba en curso de generación cuando se produjo la sucesión empresarial, e igualmente anterior a la sucesión es el incumplimiento empresarial en materia de cotización cometido por REMAG, por lo que hemos de afirmar la responsabilidad de la empresa sucesora -FAMUR-, por esa infracotización...”<sup>6</sup>. Añadiéndose en la STSJ de Asturias de 9 de enero de 2020 (rec. 2006/2019) que “... no es admisible una extinción de responsabilidad por el hecho de la sucesión de empresas, sino que la empresa sucesora, en cuanto que sucesora universal del activo y del pasivo de la anterior, ha de responder de las deudas de esa empresa, entre las que debemos incluir las deudas por prestaciones de seguridad social generadas antes de la sucesión -artículo 168.2 de la TRLGSS-...”<sup>7</sup>.

Asimismo, en la STSJ de Navarra de 16 de noviembre de 2017 (rec. 364/2017) se ratifica que la doctrina sobre el recargo de prestaciones, amparada en el criterio adoptado por el TJUE en su sentencia de 5 de marzo de 2015, resulta de aplicación no solo a los supuestos de recargo sino también al pago de prestaciones pues, como hemos señalado, la interpretación se hace sobre la base de un mismo precepto -el artículo 168.2-, que regula la responsabilidad por sucesión en las prestaciones de la Seguridad Social, de manera que un mismo precepto no puede tener distintas interpretaciones cuando precisamente está regulando la responsabilidad empresarial por prestaciones de la Seguridad Social cuando se produce una sucesión empresarial. Es más, aunque no entraremos en ello, esta solución también se ha trasladado al ámbito de las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de una enfermedad profesional a partir de la STS de 8 de junio de 2016 (rec. 11103/2015).

Hasta el momento, esta nueva tesis judicial se ha aplicado en casos de infracotización vinculados con la pensión de jubilación<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> También SSTSJ de Asturias de 21 de febrero de 2017 (rec. 2903/2016 y 2785/2016) y 9 de enero de 2020 (rec. 2006/2019) y País Vasco de 9 de diciembre de 2021 (rec. 1625/2021).

<sup>7</sup> SSTS de 27 de marzo de 2019 (rec. 2137/2017), 19 de diciembre de 2019 (rec. 3276/2017), 5 de febrero de 2020 (rec. 3117/2017), 7 de mayo de 2020 (rec. 169/2018), 6 de octubre de 2021 (rec. 4736/2018) y 30 de marzo de 2022 (rec. 4810/2018) y SSTSJ de Asturias de 21 de febrero de 2017 (rec. 2903/2016 y 2785/2016), 7 de junio de 2017 (rec. 963/2017) y 9 de enero de 2020 (rec. 2006/2019) y País Vasco de 9 de diciembre de 2021 (rec. 1625/2021).

En definitiva, con esta nueva doctrina judicial la empresa sucesora responde solidariamente del pago total o parcial de una prestación respecto de la que se ha incurrido en la responsabilidad empresarial prevista en el artículo 167.2 de la Ley General de la Seguridad Social, ya se cause la prestación con anterioridad a la sucesión o con posterioridad, y ello, lógicamente, con independencia de que conociera o no el correspondiente incumplimiento de las obligaciones de alta y/o cotización por parte de la empresa sucedida, este se produjera poco tiempo antes de la sucesión o muchos años antes, y, de que el incumplimiento afecte a un trabajador o a un ex trabajador de la empresa sucedida (por tanto, la empresa sucesora puede responder solidariamente, por ejemplo, de las consecuencias derivadas de la falta de alta en la Seguridad Social de un trabajador de la empresa sucedida que ya no trabajaba para esta en el momento de producirse la sucesión de empresa o bien que no fue asumido por la empresa sucesora).

Se trata, en definitiva, de una responsabilidad con un alcance muy amplio, de la que no es posible exonerarse, ya que no se ha desarrollado reglamentariamente la expedición de certificados por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social que impliquen una garantía de no responsabilidad para la empresa sucesora y la existencia de estos -salvo circunstancias muy concretas- tampoco tiene efectos exoneradores según el Tribunal Supremo. Ello implica, por otra parte, que la única manera de poder evitar este tipo de responsabilidad es realizar, antes de la sucesión de empresa, una auditoría laboral rigurosa y aplicar cualquier otro posible mecanismo de control respecto a la situación en la que se encuentra realmente la empresa sucedida, si bien, dado que la responsabilidad en orden al pago de prestaciones no prescribe, será prácticamente imposible alcanzar la tranquilidad suficiente, por cuanto, por ejemplo, un ex trabajador de la empresa sucedida por el que no se cotizó hace veinte años y del que no se tenían noticias, podría reclamar a la empresa sucesora solidariamente el pago, por ejemplo, de una parte de su pensión de jubilación (como ya hemos señalado, este tipo de responsabilidad no prescribe, pero solo puede reclamarse judicialmente durante un plazo de un año a partir del momento en que la Seguridad Social no reconoce la prestación o bien la reconoce en una cuantía o duración inferior a la esperada, conforme a lo previsto en el artículo 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966).

A lo que cabe añadir que, obviamente, no tienen efectos frente a terceros los posibles pactos de exoneración de responsabilidades que se hayan formalizado entre las empresas sucedida y sucesora.

Esta nueva tesis judicial, a diferencia de la anterior, es claramente desfavorable para las empresas sucesoras, al crearles inseguridad o intranquilidad respecto de posibles incumplimientos anteriores a la sucesión de empresa escondidos, olvidados o ignorados (voluntaria o involuntariamente) por la empresa sucesora e, incluso, por la propia empresa sucedida, pero favorable para el sistema de Seguridad Social (y para el beneficiario de la prestación en los casos en que no existe la obligación de anticipo de la prestación a cargo del sistema de Seguridad Social conforme a lo establecido en los artículos 167.2 y 3 de la LGSS y 94 de la LSS de 1966, por ejemplo en el supuesto de una falta de alta en la seguridad social en relación con las prestaciones por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes o por nacimiento o cuidado de menores), por cuanto se garantiza siempre, si la empresa sucedida ha desaparecido o es insolvente, el cobro correspondiente.

En este ámbito, por último, cabe destacar que la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora abarcaría, en los términos señalados anteriormente y conforme a los criterios elaborados por los tribunales en relación con el artículo 167.2 de la Ley General de la Seguridad Social, las situaciones siguientes:

- a) Si la empresa sucedida no ha dado de alta en la Seguridad Social a un trabajador y este causa derecho a una prestación derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional antes o después de la fecha en que se ha producido la sucesión de empresa, la empresa sucesora responderá solidariamente del pago total de dicha prestación, con independencia del tipo de prestación de que se trate. Además, existe la obligación de anticipo de la prestación por parte de la Seguridad Social. La misma solución se aplica en el caso de la prestación por desempleo.
  - b) Si la empresa sucedida no ha dado de alta a un trabajador y este solicita una prestación derivada de riesgos comunes (incluido el nacimiento o cuidado de menores y la jubilación) antes o después de la fecha de la sucesión de empresa, la empresa sucesora responderá solidariamente del pago total de la prestación. En este caso, sin embargo, no existe la obligación de anticipo de la prestación por parte del sistema de Seguridad Social.
  - c) En el caso de que la empresa sucedida no haya cotizado adecuadamente por un trabajador y la prestación afectada, ya se reconozca antes o después de la sucesión de empresa, tiene su fundamento en riesgos profesionales, la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora solo surgirá cuando el descubierto sea calificado como reiterado, por cuanto, en ese caso se considera manifiesta la voluntad empresarial de incumplir con la obligación legal de cotizar a la Seguridad Social. La calificación de un descubierto como “reiterado” depende de las circunstancias presentes en cada supuesto. Si se califica el descubierto como reiterado surgirá la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora, pero esta responsabilidad no abarca la totalidad del importe de la prestación de que se trate, sino que será proporcional a la gravedad del incumplimiento empresarial. Asimismo, existe la obligación de anticipo de la totalidad de la prestación a cargo del sistema de Seguridad Social. La misma solución se aplica si se trata de una prestación por desempleo.
  - d) En el supuesto de que la empresa sucedida no haya cotizado adecuadamente por un trabajador y la prestación afectada, ya se reconozca antes o después de la sucesión de empresa, tiene su fundamento en riesgos comunes, la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora solo se declarará cuando el descubierto de cotización haya impedido cumplir el periodo mínimo de cotización exigido legalmente para poder acceder a la prestación o bien haya reducido el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora, reduciendo así la cuantía de la prestación (el caso de la pensión de jubilación). Si este es el supuesto, esa responsabilidad no alcanza al importe total de la prestación, sino que, nuevamente, es proporcional a la gravedad del incumplimiento empresarial. Y también existe la obligación de anticipo del total de la prestación de que se trate por parte del sistema de Seguridad Social.
- Y, e) si el incumplimiento de la empresa sucedida consiste en una infracotización, la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora será proporcional a la gravedad del incumplimiento, estando obligada, asimismo, la Seguridad Social a anticipar la totalidad de la prestación. Esta solución se aplica a todas las prestaciones y con independencia de que su origen sea común o profesional.

En fin, en todos los supuestos de anticipo de la prestación por parte del sistema de Seguridad Social, este podrá dirigirse solidariamente frente a la empresa sucesora para reclamar la cuantía adelantada. Y, como ya hemos señalado, esta responsabilidad no tiene un plazo concreto de prescripción -la prescripción, de un año, solo se activa cuando se solicita la correspondiente prestación a la Seguridad Social-, lo que hace que, sobre todo en las pensiones de jubilación, la responsabilidad pueda activarse incluso bastante tiempo después de la fecha de efectos de la sucesión de empresa. Asimismo, es relevante el hecho de que, ni la norma legal ni los tribunales, ponen límites a esta responsabilidad solidaria, por lo que

abarca todo supuesto de responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones, con independencia de que el trabajador afectado fuera asumido o no por la empresa sucesora o de que trabajase, incluso, en la empresa sucedida en el momento en que se produjo la sucesión de empresa.

En otras palabras, al producirse la sucesión de empresa, la empresa sucesora asume solidariamente todas las consecuencias derivadas de cualquier incumplimiento de las obligaciones de alta o cotización en que pueda haber incurrido la empresa sucedida, sea consciente de ello o no. Sin embargo, a nuestro entender, debería existir un límite: en el supuesto de que lo que se transmitiese no fuera la totalidad de la empresa sino solo una unidad productiva autónoma, cabe pensar que la responsabilidad solidaria debería restringirse a los incumplimientos de las obligaciones de alta o cotización referidos a los trabajadores asumidos por la empresa sucesora, trabajen en ese momento o no para ella. Sin embargo, ya hemos señalado que los tribunales tienen una visión más amplia del alcance de esta responsabilidad.

Precisamente, en relación con el alcance subjetivo de la responsabilidad, en la STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2016 (rec. 6132/2015), referida al pago de una diferencia en la cuantía de una prestación por incapacidad temporal de un trabajador despedido improcedentemente antes de producirse la sucesión de empresa, se afirma que “... por aplicación del artículo 44 del ET y del artículo 127 de la LGSS (actual artículo 168) debemos destacar que para que opere la sucesión empresarial, entendida como continuidad del contrato de trabajo con variación de uno de sus elementos subjetivos, es necesario que la relación laboral esté viva y no se haya extinguido en el momento de la sucesión, pero para que actúe el mecanismo garantista de que se saldarán, efectivamente, las deudas preexistentes sólo hace falta que las mismas existan y ello no presupone la continuidad del vínculo laboral, indicando expresamente el artículo 127.2 de la LGSS la responsabilidad solidaria en el pago de las prestaciones <causadas con anterioridad> a la sucesión...”.

Por último, cabe tener presente que la nueva posición judicial defendida por el Tribunal Supremo se ha aplicado a supuestos en que la sucesión de empresa ha supuesto la desaparición de la empresa sucedida, cualquiera que sea la fórmula empleada, incluidas las operaciones de fusión<sup>8</sup>. Cabe pensar que, si la sucesión de empresa no implica aquella desaparición, la empresa sucesora responderá solidariamente en los términos ya vistos, pero únicamente de los incumplimientos referidos a los trabajadores que ha asumido efectivamente, trabajen o no para ella en el momento de plantearse la correspondiente reclamación.

#### 4. CONCLUSIONES

No hay duda de que los fenómenos de sucesión de empresa, cualquiera que sea su naturaleza, son cada vez más frecuentes en la práctica y, a pesar de ello, la normativa aplicable a ellos -particularmente los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social-, resulta escasa y, sobre todo en el segundo caso, es ciertamente obsoleta. A lo que cabe añadir el importante cambio jurisprudencial acaecido en el marco concreto de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones cuando se ha producido una sucesión de empresa, surgiendo, como hemos visto, una nueva doctrina que conlleva una responsabilidad solidaria de alcance muy amplio para la empresa sucesora.

Ambos elementos llevan, a nuestro entender, a destacar la urgencia de repensar -y, en su caso, reformular- el alcance de la responsabilidad que debe asumir una empresa sucesora en dicho ámbito.

<sup>8</sup> SSTs de 27 de marzo de 2019 (rec. 2137/2017), 19 de diciembre de 2019 (rec. 3276/2017), 5 de febrero de 2020 (rec. 3117/2017), 6 de octubre de 2021 (rec. 4736/2018) y 30 de marzo de 2022 (rec. 4810/2018).

# **LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA EN CONDICIONES SALUDABLES: EL RETO DEMOGRÁFICO FRENTE AL RETO DIGITAL<sup>1</sup>**

M<sup>a</sup> DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

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

Universidad de León

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL AFRONTAMIENTO DEL RETO DEMOGRÁFICO POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL
3. LOS RETOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MAYORES FRENTE A LA DIGITALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

---

<sup>1</sup> Ensayo elaborado al amparo del Proyecto de Investigación: “*La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*”. 2021/00077/001. IP: Dr. Fernández-Costales Muñiz.



## 1. INTRODUCCIÓN

Resulta incuestionable la enorme vinculación de la prevención de riesgos con el propio cambio demográfico y la prolongación de la vida laboral, pues evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales<sup>2</sup> y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral resulta clave para que puedan trabajar más tiempo, contribuyendo, de este modo, a combatir los efectos a largo plazo del envejecimiento de la población. Obviamente, la mejora de las condiciones de seguridad y salud puede repercutir positivamente y suponer un ahorro de costes, relevante en el terreno de la Seguridad Social, pero aun cuando el objetivo de “sostenibilidad” del sistema sea crucial desde un punto de vista financiero, no debe subordinar ni condicionar las decisiones en el terreno de la seguridad y salud, pues la trascendencia de los bienes jurídicos en juego (susceptibles de tutela a través del acervo comunitario y nacional) les hacen merecedores de una tutela propia, que debe mantenerse al margen de intereses ajenos y de decisiones propias de otros campos de actuación. A menudo se afirma que la mayor edad suele propiciar una pérdida de determinadas capacidades psicofísicas, un incremento de la siniestralidad laboral, una mayor incidencia de enfermedades crónicas o la prolongación de las bajas laborales. Circunstancias todas ellas que van a ser objeto de atención en las páginas que siguen, en tanto son capaces de plantear la necesidad de incluir junto a otros factores como el género, sobre el que existe un alto grado de consenso, la variable de la edad en las políticas preventivas, a fin de lograr la necesaria adaptación de las medidas preventivas y la cobertura de las necesidades del colectivo, sobre todo ante los riesgos emergentes derivados de la digitalización de las relaciones laborales.

## 2. EL AFRONTAMIENTO DEL RETO DEMOGRÁFICO POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL

Para hacer posible y viable una auténtica “cultura de la seguridad”<sup>3</sup> en el seno de la empresa es preciso apostar por una colaboración activa en la materia, como manifestación expresa en materia de responsabilidad social, que requiere una apuesta mayor por una inversión económica en medios materiales y en procesos formativos, además de otras actuaciones concretas dirigidas a colectivos específicos. Entre estos últimos, resulta obligado parar la atención en las líneas internas de actuación relacionadas con las condiciones de trabajo de los mayores de 55 años, pues resulta habitual extraer importantes conclusiones del incremento de la edad de las personas trabajadoras con incidencia en el terreno de la tutela de la seguridad y salud.

### 2.1. Medidas relacionadas con el tiempo y condiciones de trabajo

En España, la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo refleja una gran rigidez en los horarios del colectivo de trabajadores de entre 55 y 64 años, lo cual, unido al hecho de que la influencia del trabajo en la salud se acentúa en los mayores de 55 años, obliga a considerar que una mayor flexibilidad en la organización del trabajo permitiría a este colectivo retirarse progresivamente de la población activa reduciendo su jornada laboral y

<sup>2</sup> Sobre su delimitación jurídica, por todos, González Ortega, S., “Las enfermedades profesionales: Un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia”, en AA.VV., *Las enfermedades profesionales* (Barcelona Cobedo, S. y González Ortega, S., Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 25-55.

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión vid. Perán Quesada, S., *Responsabilidad social de las empresas en materia de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 2010.

evitando su cese completo. No puede pasarse por alto que las reducciones de jornada pueden tener objetivos más amplios que los de política de reparto del empleo, concretamente la mejora de la salud en el medio de trabajo, sirviendo así a dos objetivos no contradictorios.

Desde una perspectiva integrada, el dilema entre cese o prolongación de la actividad admite, al menos, modulaciones en dos criterios. En primer término, la actividad puede seguir, pero con reducción del tiempo de actividad y como el tiempo de trabajo es, por naturaleza, una condición muy flexible, esa reducción admite diversas fórmulas: jornada a tiempo parcial, semana de cuatro días, aumento de los días de descanso en el ciclo anual, etc. En segundo lugar, puede cambiar la función o el contenido de la prestación, dando prioridad a la actividad de asesoría y de consejo, de formación de los jóvenes y nuevos empleados, dedicación a tareas relacionadas con la clientela o, en fin, creando equipos de trabajo con distintos conocimientos y experiencias pues, como se ha afirmado con acierto, “lo que cuenta son las capacidades, no las incapacidades”<sup>4</sup>. En efecto, los problemas de salud relacionados con la edad pueden compensarse con la experiencia y la madurez de las personas trabajadoras de más edad, pues las habilidades y competencias relacionadas con la comunicación organizacional y con las habilidades sociales maduran solo durante la segunda mitad de la vida. El pensamiento estratégico, el espíritu agudo, la consideración, la sabiduría, la capacidad de deliberar, la capacidad de racionalizar, el control de la vida, la percepción global y las habilidades lingüísticas mejoran con la edad<sup>5</sup>.

Desde otro punto de vista, el reparto de trabajo puede intentarse también utilizando el tiempo de trabajo, pero no actuando sobre la jornada, sino sobre el tiempo de trabajo completo de la vida de las personas trabajadoras. Esto puede hacerse imponiendo prohibiciones absolutas en la entrada al trabajo mediante fijación de edades mínimas que cada vez pueden ser más altas y, al mismo tiempo, provocando la salida definitiva del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad con el objeto de favorecer a los de menos. Esta es la técnica de las jubilaciones voluntarias incentivadas y de las forzosas, proscritas en el ordenamiento español por la Ley 3/2012, pero posteriormente revisadas hasta llegar a la configuración actual en que se permite su inclusión convencional a partir de los 68 años, salvo que la cláusula esté prevista en ámbitos negociales con subrepresentación femenina, en cuyo se podrán establecer a una edad inferior.

Como reconocía la “*Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)*”, con la pretensión de ser la “hoja de ruta” que oriente la actuación de las Administraciones Públicas respecto a las medidas dirigidas al colectivo de trabajadores de más de 55 años, cumpliendo con el compromiso alcanzado con los agentes sociales en el Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011, la jubilación parcial anticipada es la única opción que la legislación laboral contempla para que los trabajadores con menos de 65 años flexibilicen su jornada laboral y vayan abandonando de forma gradual y progresiva el mercado de trabajo. Sin embargo, dicha fórmula presenta una serie de dificultades y rigideces para su oportuna articulación jurídica (principalmente la necesaria formalización de un contrato de relevo). Por ello, con la finalidad de dar una respuesta más amplia a la diversidad de situaciones que se producen en el mercado de trabajo, la Estrategia considera pertinente estudiar la viabilidad jurídica, económica y social de establecer en la legislación laboral un derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción proporcional del salario de los trabajadores mayores a partir de una determinada edad, enmarcado en las iniciativas

<sup>4</sup> Fernández Caveda, A., “El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social* 298/2008, p. 244.

<sup>5</sup> Ordaz Castillo, E. y Ronda-Pérez, E., “Salud y condiciones de trabajo en trabajadores mayores”, *Medicina y Seguridad del Trabajo* 240/2015, pp. 316-317.

relacionadas con el objetivo de reforzar el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad interna en las empresas. Ese estudio se deberá acompañar también del análisis de las medidas de protección social que, en su caso, podrían acompañarla, “sin perjuicio de los pactos o acuerdos que individual o colectivamente puedan establecerse al respecto en el ámbito de cada empresa”. Por otra parte, a nivel empresarial y en el marco de las condiciones de trabajo, se pretenden impulsar medidas dirigidas al desarrollo de: a) Nuevas competencias<sup>6</sup> y destrezas en el trabajo, a través de la rotación de tareas o del enriquecimiento del puesto. b) Programas complementarios encaminados a mantener actualizados los conocimientos técnicos a nivel profesional (cualificaciones de adaptación)<sup>7</sup>. c) Estrategias organizativas que adapten los ritmos, descansos, turnos y horarios de trabajo a las condiciones físicas del trabajador mayor y medidas que aborden cambios en la actividad.

## **2.2. Medidas relacionadas con la evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación e información para la seguridad y salud en el trabajo de los empleados de más edad**

De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de la Salud (MSCPS), a partir de los 55 años, la población es más vulnerable a una serie de procesos patológicos directamente relacionados con el propio envejecimiento y las patologías degenerativas consustanciales a aquel y reflejo, además, del efecto acumulado a largo plazo de los estilos de vida poco saludables (alta prevalencia de artropatías degenerativas, hipertensión, etc.). Además, una persona que lleva realizando las mismas funciones durante mucho tiempo genera una monotonía en su desempeño que puede tener consecuencias negativas en su salud. A partir de tal constatación, resulta necesario explorar vías de actuación como las siguientes: a) Incidir en la importancia de contemplar en las evaluaciones de riesgo los factores inherentes a la edad y a la antigüedad. b) Proceder (a partir de los resultados de tal evaluación) a una adecuada planificación de la actividad preventiva<sup>8</sup>, que incluya, con carácter prioritario, un programa adecuado de vigilancia de la salud específica en función de los riesgos y adaptada a la edad del trabajador, en la que se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes factores: movilidad limitada de las articulaciones; disminución de la fuerza; reducción de la capacidad funcional física, de la percepción y de la capacidad para tomar decisiones; reducción de la capacidad visual y auditiva o ralentización de la capacidad de reacción. La vigilancia de la salud reviste una especial trascendencia no solo a título individual, sino que también puede servir para obtener valiosa información acerca de problemas de salud colectivos ligados al envejecimiento activo, a fin de realizar estudios epidemiológicos y extraer conclusiones sobre situaciones de mayor riesgo.

Dicho “programa de salud” debería comprender, asimismo, actividades formativas e informativas, capaces de incluir, por ejemplo, formación específica a los trabajadores mayores, sobre cómo mantener y promover su propio rendimiento físico y psicológico a través de estrategias acordes a las exigencias del trabajo (gestión del estrés, prevención del agotamiento) e información sobre cómo conseguir un buen mantenimiento físico, básicamente a través de la promoción de hábitos de vida saludable (nutrición o recomendación

<sup>6</sup> CES, *Competencias profesionales y empleabilidad*. Informe 3, 2015, especialmente pp. 209 y ss., aludiendo a la necesidad de aumentar los niveles de formación permanente.

<sup>7</sup> Un análisis en profundidad sobre el particular en Martínez Barroso, M<sup>a</sup>.R. y Megino Fernández, D., *La formación en un mercado laboral tecnificado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 83 y ss. o Martínez Barroso, M<sup>a</sup>.R.: “La importancia de las cibercapacidades y su influencia en la empleabilidad”, en AA.VV., *Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: Innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social* (Fernández Domínguez, J.J. y Fernández Fernández, R., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 167 y ss.

<sup>8</sup> Vid. la *Guía para el abordaje del Envejecimiento en la Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales*, Foment de Treball Nacional y Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, 2013.

de prácticas deportivas). Tales evaluaciones de riesgos y la planificación y programación de la actividad preventiva consecuencia de la misma deben tener en cuenta, asimismo, los riesgos específicos que afecten a las mujeres de más edad.

En esta línea de planteamiento, centrado en la adaptación y la adecuación y en medidas de organización del trabajo cabría acudir también a la aplicación de la correa reguladora contenida en el art. 25 LPRL, dedicado a los trabajadores especialmente sensibles, en cuya formulación genérica y referida a características personales o estado biológico conocido, podría venir incluida sin demasiadas dificultades la edad o los efectos propios del envejecimiento. Las condiciones subjetivas de cada trabajador, el tipo de trabajo y las condiciones de realización serán las variables que permitirán, en cada supuesto, determinar si es necesario tomar medidas de prevención específicas<sup>9</sup>.

### 2.3. Movilidad funcional por razones de seguridad y salud en el trabajo

Las capacidades cambian con la edad, en especial, en un entorno de trabajo que exija esfuerzo físico, por lo cual la concentración de la experiencia o la tendencia a la especialización en un campo abstracto hace más vulnerables a las personas trabajadoras. De ahí que, desde el punto de vista de la optimización de la gestión de los recursos humanos, resulte fundamental el dominio práctico de diferentes tareas o puestos de trabajo, pues ello permitirá una rotación y adaptación interna, con el fin de conciliar las necesidades de la actividad con las posibilidades de las personas. Los jóvenes viven ya en un entorno de trabajo que cultiva la flexibilidad, por tanto, cuando sean mayores tendrán más capacidad de cambio o adaptación que los empleados actuales, quienes en un grandísimo número de casos han basado su carrera profesional en la especialización<sup>10</sup>.

A su vez, conviene recordar que la finalidad primordial de la movilidad funcional es la búsqueda permanente de la mejor adecuación entre el puesto de trabajo y las aptitudes profesionales de la persona trabajadora. Por ello, para evitar la incapacidad o el bajo rendimiento del “trabajador de edad”, esta vía, que entra en el concepto más amplio de flexibilidad interna o flexibilidad organizativa, incluye no sólo las medidas de movilidad personal interna sino, en sentido amplio, el rediseño de las tareas y funciones para buscar el mejor acomodo o el puesto de trabajo más acorde con las aptitudes. Por medio de la adaptación de las condiciones de trabajo se protege la capacidad, se previene la pérdida de salud y se facilita la autonomía personal y, en este sentido, la formación incide directamente sobre la prestación en sí, las funciones y las tareas que se desempeñan. En otros términos, el cambio de condiciones de trabajo afecta a la periferia de la prestación laboral y remite a lo que puede denominarse “calidad de vida laboral”.

Si de la evaluación de riesgos se concluyera, a pesar de llevar a cabo todas las medidas reflejadas en el apartado anterior, que la edad pudiera comenzar a ser un hándicap para que el trabajador desempeñe determinados puestos de trabajo, deberán plantearse todas las opciones posibles, antes de su salida del mercado de trabajo. Entre ellas, como medida preventiva, la posibilidad de aplicar alternativas de flexibilidad interna en la empresa, incluyendo el cambio de puesto de trabajo, junto con otras estrategias que, desde un enfoque integral, estén dirigidas a la adaptación del puesto con el fin de garantizar la seguridad y salud del empleado. Desde la perspectiva de la persona trabajadora hay quien postula el

<sup>9</sup> Sobre el particular, por todos, Goñi Sein, J.L. y Sanz de Galdeano, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 73.

<sup>10</sup> Considerando que los trabajadores de edad han vivido una cultura laboral en la que el cambio se identificaba con “nomadismo” y este con inseguridad, en parte motivado por las actitudes sindicales y por las barreras a la movilidad geográfica, Fernández Caveda, A., “El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos”, cit., p. 253.

reconocimiento de un derecho general (o ciertas facultades específicas) a la adaptación de las condiciones de trabajo a aquellos trabajadores que alcanzaran una determinada edad y acreditaran la pérdida o reducción de las capacidades necesarias para el desempeño adecuado del trabajo, o fueran incapaces de habituarse a las modificaciones técnicas introducidas en su puesto de trabajo tras realizar los cursos de adaptación procedentes y transcurrir los plazos de aprendizaje exigidos. Constituiría un derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo que, en beneficio de ambas partes, permitiría a los trabajadores realizar su prestación laboral de forma más satisfactoria y, sobre todo, impediría apreciar un caso de ineptitud o de inadaptación que justificara un despido objetivo<sup>11</sup>.

#### **2.4. Medidas en el marco de la protección social. En especial, la jubilación anticipada derivada de trabajo penoso**

La norma programática dirigida a los mayores de 55 años ya ponía de manifiesto la oportunidad de que el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo --INSHT-- (actual Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo --INSST--) realizase investigaciones específicas en materia de condiciones de trabajo y salud de las personas trabajadoras mayores que permitan detectar perfiles de morbilidad asociados con la edad y ayuden al diseño de intervenciones concretas, así como la realización de estudios epidemiológicos que determinen aquellas ocupaciones potencialmente más peligrosas en función de la siniestralidad y definan el impacto que, sobre la misma, ejerce la edad. Los resultados obtenidos a partir de los citados estudios deberán servir como elemento de análisis y discusión en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, con vistas a proponer estrategias que garanticen la seguridad y salud de estos colectivos más vulnerables.

Por último, y dado el caso, será la Secretaría de Estado de la Seguridad Social quién analice y determine otras medidas que contemplan la posibilidad de que los trabajadores que realicen determinadas actividades que supongan un riesgo para su seguridad y salud, puedan acceder de forma anticipada a la jubilación, mediante la aplicación de coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación. Siguiendo la tradición histórica, el legislador contempla la posibilidad de permitir al Gobierno que, al amparo de una previsión legal (art. 206 TRLGSS) y con elevada discrecionalidad, rebaje la edad ordinaria para diferentes colectivos de trabajadores (ferroviarios, mineros, personal de vuelo, bomberos<sup>12</sup>, miembros del Cuerpo de la Ertzaintza...). A tales colectivos se les aplican los denominados “coeficientes reductores” sobre la edad (variables según sectores, pero comprendidos siempre entre una horquilla del 0,05 y el 0,50) o directamente se fija una edad inferior --55 o 60<sup>13</sup> años--, como ocurre en el caso de artistas y profesionales taurinos<sup>14</sup>, si bien el hecho de establecerse la

<sup>11</sup> Blasco Rasero, C., “Derechos que favorecen el mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad avanzada”, en AA.VV., *Estudios sobre la prolongación de la vida activa de los trabajadores* (Elorza Guerrero, F., Dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 251.

<sup>12</sup> El RD 383/2008, de 14 de marzo, establece el pertinente coeficiente reductor de la edad de jubilación a favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, financiado con un tipo de cotización adicional. Sobre el particular vid. Valdés Dal-Ré, F.: “Reducciones de la edad de jubilación ordinaria (I): a propósito del establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los bomberos de las Administraciones públicas y organismos públicos”, *Relaciones Laborales* 2/2009, pp. 43 y ss.

<sup>13</sup> En concreto, para aquellos encuadrados en las categorías de cantantes, bailarines y trapezistas, que podrán jubilarse a partir de los 60 años de edad sin ser penalizados por ningún coeficiente reductor de la cuantía de la pensión, siempre y cuando cumplan el requisito de haber trabajado en alguna de estas especialidades durante un mínimo de 8 años durante los 21 anteriores al hecho causante (art. 11.2 RD 2621/1986).

<sup>14</sup> 60 años, para los puntilleros y 55 años para los demás profesionales taurinos, excepto los mozos de estoque y de rejonos y sus ayudantes, a quienes se aplica la edad ordinaria de jubilación, si bien se les permite el acceso a la jubilación anticipada con reducción de la pensión en los términos ordinarios. Sin embargo, los cánones anteriores no actúan de manera automática; por el contrario, existe un requisito adicional a cumplir. Y es que, a efectos de poder

reducción de edad de jubilación en tales supuestos no debiera suponer necesariamente la jubilación en todos los casos, pues en gran medida el factor determinante es el nivel de deterioro de las condiciones artísticas y este no se da por igual ni en todos los profesionales ni en todas las profesiones que la contemplan<sup>15</sup>.

Por su parte, el art. 26.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, también dispone que, en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan<sup>16</sup>, los autónomos afectados que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada, en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena.

La justificación en el carácter penoso, difícil, peligroso e insalubre de algunas ocupaciones resulta, sin embargo, menos convincente de lo que pudiera parecer a primera vista. Las distinciones establecidas derivan de categorías amplias de cotizantes, caracterizadas más bien por la naturaleza de la actividad (trabajadores de la minería, marina mercante o industrias energéticas, etc.) que por la índole del trabajo desarrollado; y, sin duda, dentro de dichas categorías se encuentran grandes diferencias entre las condiciones de trabajo reales de los empleados<sup>17</sup>. Esta incontestable realidad puede llevar a encuadrar estas excepciones no en el seguro de vejez sino en el de incapacidad para trabajar<sup>18</sup> a partir del siguiente silogismo: si por la naturaleza penosa del trabajo, por la débil salud del interesado o por la combinación de ambas circunstancias, el estado físico y/o psíquico del trabajador se ha deteriorado de tal modo que no puede continuar trabajando hasta la edad normal o el número de años exigidos para la jubilación, tendrá derecho a una pensión de incapacidad permanente.

Al margen de esta propuesta *de lege ferenda*, el art. 206 TRLGSS establece un límite de edad absoluto para el acceso a la pensión, que se sitúa en los 52 años, a la vez que establece que tales coeficientes “en ningún caso se tendrán en cuenta para el acceso a la jubilación anticipada en ninguna de sus modalidades”; medida que, en definitiva, pretende racionalizar la utilización de coeficientes en actividades especialmente penosas ante su aplicación a los nuevos colectivos de trabajadores que lo están reclamando<sup>19</sup>.

---

acceder a la situación de jubilación con carácter previo a la edad ordinaria “será necesario que los profesionales taurinos acrediten haber actuado en los siguientes espectáculos taurinos de acuerdo a su categoría profesional: a) matadores de toros, rejoneadores y novilleros, 150 festejos [...] b) banderilleros, picadores y toreros cómicos, 200 festejos [...] c) puntilleros, mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes, 250 festejos” (art. 18.3 RD 2621/1986). No obstante, como bien afirma la doctrina, lo cabal sería entender que no bastaría con justificar la participación en una cantidad mínima de espectáculos, sino que convendría también certificar haber cotizado por los mismos. Megino Fernández, D., “Algunas incorporaciones expresas al Régimen General de la Seguridad Social. Venturas y desventuras de los deportistas por cuenta ajena, los profesionales taurinos y el personal funcional al servicio de la Administración local”, en AA.VV., *Regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma* (Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M<sup>o</sup>.R., Dirs. y Álvarez Cuesta, H., Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 524-525.

<sup>15</sup> Torollo González, F.J., “Las relaciones especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 100/2000, p. 203.

<sup>16</sup> Con la aprobación del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, se viene a regular el procedimiento que debe observarse para rebajar la edad de jubilación de nuevos colectivos o en sectores o actividades que actualmente no gozan de tal reducción de la edad de jubilación, pero sin afectar a los trabajadores que ya la tengan establecida.

<sup>17</sup> En la minería, por ejemplo, junto a los duros trabajos de interior, desarrollan su actividad los mecánicos de superficie y el personal administrativo, cuyas condiciones de trabajo no son claramente diferentes de las existentes en los demás sectores económicos. Un análisis sobre el particular en Martínez Barroso, M<sup>o</sup>.R.: “El Régimen Especial de la Minería del Carbón”, en AA.VV., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs. y Maldonado Molina, J.A. y De Val Tena, A.L., Coords.), Laborum, Murcia, 2017, pp. 667 y ss.

<sup>18</sup> Propuesta avalada hace tres décadas por el Consejo De Europa, “La flexibilidad de la edad de jubilación”, en AA.VV.: *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, MTSS, Madrid, 1992, p. 57.

<sup>19</sup> CC.OO., *Valoración del Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social*, en [www.ccoo.es](http://www.ccoo.es)

El establecimiento de nuevos coeficientes reductores o, en su caso, la anticipación de la edad para acceder a la jubilación se llevará cabo respecto a actividades que necesariamente han de hallarse comprendidas en cualquiera de las siguientes<sup>20</sup>: 1) Actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuyo ejercicio implique el sometimiento a un excepcional índice de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad y en las que se hayan comprobado unos elevados índices de morbilidad o mortalidad o la incidencia de enfermedades profesionales. 2) Actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuya realización, en función de los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para su desempeño, resulten de excepcional penosidad y experimenten un incremento notable del índice de siniestralidad a partir de una determinada edad, conformado por el índice de accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales. En este sentido, cabe llamar la atención sobre el hecho de que una actividad altamente feminizada y particularmente rigurosa respecto a las habilidades físicas que requiere, como es la del personal de limpieza o del especializado en cuidados a la dependencia, no tenga hasta la fecha establecida la jubilación anticipada por penosidad, que se ha centrado en sectores típicamente masculinizados, lo que tiene un efecto perpetuador de desigualdades por razón de género particularmente peligroso en el ámbito de la protección social<sup>21</sup>.

No obstante, la jubilación a una edad ordinaria reducida no puede constituir el principal o único instrumento de adaptación de los trabajos especialmente penosos o insalubres y, menos aún, a coste cero. Como con acierto ha precisado la doctrina<sup>22</sup>, se hace necesario un replanteamiento de la figura, donde se potencie el mantenimiento de la actividad en puesto de trabajo compatible con las características y condiciones del trabajador, donde podría adquirir especial protagonismo la figura de la jubilación parcial.

### 3. LOS RETOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MAYORES FRENTE A LA DIGITALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

La tecnología debe avanzar dentro de un permanente proceso de humanización para reorientar y encauzar los distintos progresos que ofrece la transformación digital de las relaciones laborales con el propósito de preservar el difícil equilibrio entre los derechos de la persona trabajadora y de la empresa. Las escasas certezas que aporta el exiguo marco jurídico español sobre prevención de riesgos en el trabajo a distancia en general, y en el teletrabajo en particular, presagian un incremento de la conflictividad laboral que habrá de ser resuelta, en último extremo, por la jurisdicción social. Y en este sentido, el *Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización en el Trabajo*<sup>23</sup>, apunta hacia un impulso de la regulación del proceso de desconexión digital y los distintos procedimientos especiales a través de la negociación colectiva (que deberá incidir de un modo progresivo en el asunto), por lo cual el texto final de la directiva europea sobre desconexión deberá estar condicionado por el grado de penetración del derecho en los convenios colectivos. En definitiva, existe una relación indisoluble entre revolución tecnológica y norma laboral, y ya nadie cuestiona

<sup>20</sup> Un mayor desarrollo en Martínez Barroso, Mª.R.: *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 472 y ss.

<sup>21</sup> Ballester Pastor, Mª.A.: “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales* 112/2011, p. 74.

<sup>22</sup> Tortuero Plaza, J.L.: “La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales”, en AA.VV., *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social* (Cabeza Pereiro, J.; Ballester Pastor, Mª.A. y Fernández Prieto, M., Dirs.), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 164, quien considera necesaria la valoración de los costes de la anticipación de la jubilación, así como su imputación, que debe formar parte de los costes de producción y en ningún caso penalizar al trabajador.

<sup>23</sup> <https://www.ccoo.es/3ec9e3ddff84034c1a796cb52ac84c09000001.pdf>

aspectos como que la digitalización de la economía proporciona grandes oportunidades y flexibilidad a las relaciones laborales. Por ello es imprescindible realizar una labor de humanización de la tecnología para que sea esta la que se ponga a disposición del individuo y no al revés. Para ello, paralelamente a los esfuerzos inversores para garantizar la conexión digital en cualquier ámbito territorial, resulta imprescindible detectar y prevenir los riesgos emergentes que genera la hiperconectividad (fundamentalmente tecnoestrés o fatiga informática), y evitar sus efectos perniciosos sobre la salud y la seguridad de las personas trabajadoras, pues solo así será posible ofrecer una respuesta adecuada a los retos a los que se enfrenta la sociedad del siglo XXI<sup>24</sup>. Y en esta labor, la negociación colectiva tendrá que desplegar todo su potencial, no solo en las grandes corporaciones sino también en la pequeña y mediana empresa, para disponer de un adecuado marco que garantice la utilización segura de la tecnología, sin dar opción a presunciones de cumplimiento de la obligación de efectuar la evaluación de tales riesgos emergentes<sup>25</sup>. Y no cabe duda de que frente a tales riesgos emergentes merecen una protección específica las personas mayores.

Numerosos estudios indican que la participación en el trabajo cambia con la edad<sup>26</sup> debido a un declive de las funciones sensoriales, orgánicas y cognitivas, que se acompaña de un deterioro del sistema musculoesquelético y un aumento de la tasa de incidencia de enfermedades como las cardiovasculares, respiratorias, y trastornos hormonales y metabólicos. Buena parte de la doctrina científica ha destacado también una incidencia generalizada y creciente de las enfermedades crónicas en este segmento de la población<sup>27</sup>, que cada vez más estará sujeta a limitaciones en las funciones laborales y a mayores tasas de absentismo. Las consecuencias de estas patologías, que pueden dejar también secuelas de incapacidad laboral, se reflejan no solo en el rendimiento laboral del enfermo, sino también en sus familias y en el sistema de Seguridad Social, con especial referencia a la sostenibilidad del sistema de salud.

<sup>24</sup> Entre la numerosa bibliografía existente al respecto procede dar cuenta, entre otros, de los siguientes estudios: De Vicente Pachés, F., “Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo”, *Documentación Laboral* 121/2020, pp. 29 y ss.; Fernández Orrico, F.J., “Trabajo a distancia: Cuestiones pendientes y propuestas de mejora: el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 58/2021 (soporte digital); Lousada Arochena, J.F., “Prevención de Riesgos en el Trabajo a Distancia”, *Revista Derecho social y empresa* 14/ 2021 (soporte digital). [Ejemplar dedicado a: *La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digitales (I)*]; Mella Méndez, L., “Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia”, en AA.VV., *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente* (Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signés, A., Coords.), Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 173 y ss. o Montoya Medina, D.: “Teletrabajo y prevención de riesgos laborales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 243/2021, pp. 35 y ss.

<sup>25</sup> Molina Navarrete, C., “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social* 1/2019, pp. 5 y ss.

<sup>26</sup> Entre otros, Carrero Domínguez, C. y Moreno Márquez, A., “Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros”, en AA.VV., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social* (Mercader Uguina, J.R., Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 307 y ss.; Urrutikoetxea Barrutia, M., “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”, *Lan Harremanak* 24/2011, pp. 17 y ss.; Fernández García, R., “El incremento de la edad de jubilación y la prevención de riesgos laborales”, *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales* 98/2012, p. 38 y ss. o García Ninet, J.I. y Barceló Fernández, J., *Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad*, CEOE, Madrid, 2015.

<sup>27</sup> En tanto inciden e impactan tanto en la competitividad de las empresas y los sistemas económicos nacionales como en las carreras y trayectorias profesionales de los trabajadores individuales. Tiraboschi, M., “Le nuove frontiere del sistema di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche”, *Diritto delle Relazioni Industriali* 3/2015, pp. 683-684, quien propone inversiones en la salud y bienestar de las personas y de la población económicamente activa mediante el uso, por ejemplo, de “programas holísticos” a la vez que propugna la presencia de profesionales en las empresas con las capacidades necesarias para comprender y manejar los problemas del regreso a las empresas y al mercado laboral de los enfermos crónicos (desde episodios de acoso a bloqueos psicológicos e inseguridades por parte de los propios trabajadores). En la doctrina española, por todos, Montoya Medina, D., *Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos*, Bomarzo, Albacete, 2020.



Además, la prolongación de la vida laboral también conlleva un mayor riesgo de desarrollar tecnopatías provocadas por la exposición a sustancias nocivas, ya que el tiempo de exposición se extiende cada vez más. Este fenómeno plantea problemas de seguridad, ya que las competencias de los trabajadores de más edad son, estadísticamente, las más alejadas de la capacidad de gestionar la innovación de la organización del trabajo *in fieri*, dominada por una completa interconexión entre el hombre y las máquinas. En consecuencia, las personas trabajadoras de más edad, ya de por sí más vulnerables desde el punto de vista psicofísico que sus colegas más jóvenes, estarán más expuestos a los riesgos emergentes debido a su escasa capacidad para gestionar las nuevas tecnologías, cada vez más omnipresentes en los entornos de producción<sup>28</sup>.

Tales riesgos deben prevenirse adecuadamente en el ámbito de la gestión de los recursos humanos, de la organización del trabajo y de la asignación de las tareas, a través de una formación profesional específica para los trabajadores de más edad, para que adquieran las competencias necesarias (incluso antes que para controlar los nuevos instrumentos interconectados) para operar en entornos en que estos últimos estén presentes y, por otra parte, deben recibir también una adecuada formación e información sobre la seguridad y salud, con respecto al mayor riesgo al que los expone el factor de la edad, en términos de posible aparición de trastornos musculoesqueléticos, enfermedades crónicas, deficiencias cognitivas o sensoriales (pérdida auditiva o disminución de la capacidad visual). Y ello sin olvidar otro elemento problemático de naturaleza cultural, inherente a las relaciones laborales y que puede penalizar a las personas trabajadoras mayores, cual es la difusión generalizada de estereotipos negativos relacionados con la edad en sectores relacionados con las finanzas, seguros, venta minorista e informática/computing<sup>29</sup>, tales como un desempeño laboral más bajo que el de los jóvenes, motivación más reducida, mayor resistencia al cambio, o difícil capacitación debido a su menor propensión a aprender, lo cual les perjudica tanto en entrevistas de trabajo, como en evaluaciones de desempeño como a la hora de acceder a promociones.

En la vertiente contraria, tampoco puede desconocerse que ciertas soluciones tecnológicas ofrecidas por la Industria 4.0 pueden servir de ayuda de las personas trabajadoras maduras por su capacidad de ofrecer a las mismas oportunidades de *empowermet* personal y social (por ejemplo, la expansión de contactos y relaciones con hijos, amigos y familiares)<sup>30</sup>. Se trata, en particular, de la tecnología portátil y de los exoesqueletos, a la vez que el uso de la realidad virtual y de la realidad aumentada en la fase de formación constituye un instrumento tremendamente útil para el colectivo<sup>31</sup>. Por su parte, diversos productos y servicios innovadores en el ámbito de las TIC (por ejemplo, el “trabajo” asistido por el entorno) ofrecen una amplia gama de posibilidades de mejora de la empleabilidad<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> De hecho, como ha reconocido con acierto la doctrina, estos podrían no estar tan preparados como los más jóvenes para las nuevas realidades tecnológicas, en continua evolución, tanto por la formación escolar y universitaria recibida como, simplemente, por una cuestión de “familiaridad generacional incomparable” con las nuevas tecnologías. AA.VV. *El sistema de protección social y prevención de riesgos laborales frente a la IV Revolución Industrial* (Serrani, L. y Tiraboschi, M., Eds.), ADAPT University Press, 2021, p. 29.

<sup>29</sup> Posthuma, R.A. y Campion, M.A.: “Age Stereotypes in the Workplace: Common Stereotypes, Moderators, and Future Research Directions”, *Journal of Management*, Vol. 35, 1/2009, pp. 160 y ss.

<sup>30</sup> Carlo, S.: “Giovani anziani e ICT: tra rischi di isolamento e opportunità di invecchiamento attivo”, *Sociología e Politiche Sociali* 3/2014, p. 90.

<sup>31</sup> AA.VV., *El sistema de protección social y prevención de riesgos laborales frente a la IV Revolución Industrial* (Serrani, L. y Tiraboschi, M., Eds.), cit., pp. 30-31.

<sup>32</sup> Programa conjunto *Ambient Assisted Living* (AAL o vida cotidiana asistida por el entorno) que contribuye a resolver el problema del envejecimiento de la mano de obra. Al respecto vid. la Decisión núm. 554/2014/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2014 relativa a la participación de la Unión en el Programa de investigación y desarrollo “Vida cotidiana asistida y activa”, emprendido conjuntamente por varios Estados miembros (DOUE L 169, de 7 de junio de 2014).

**UNA CUESTIÓN INACABADA: DESEMPLEO AGRARIO EN ANDALUCÍA  
Y EXTREMADURA (DE FIJEZA DISCONTINUA Y EVENTUALIDAD)**

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

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

Universidad de Extremadura

SUMARIO:

1. UN TEMA CLÁSICO TRAÍDO A LA ACTUALIDAD
2. UN SERIAL PENDIENTE DE LA ÚLTIMA ENTREGA: REPASANDO FECHAS Y CONTEXTOS
3. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

## 1. UN TEMA CLÁSICO TRAÍDO A LA ACTUALIDAD

Han transcurrido ya cuatro décadas desde la regulación originaria de la protección por desempleo de las personas ocupadas en las faenas agrícolas, forestales o pecuarias. En este espacio temporal se han sucedido numerosos pasos intermedios destinados a perfilar sus contenidos y a corregir sus desviaciones (en no pocos casos impulsados bajo dudas de fraude en el acceso y en su disfrute).

Su singularidad (subjettiva, objetiva y territorial) no ha impedido que este mecanismo de cobertura frente a la falta de empleo se haya convertido en un tema clásico entre quienes se aproximan al estudio del campo de la protección social<sup>1</sup>, dotado de significativa relevancia cuando sus referencias se atribuyen a los territorios de Andalucía y Extremadura<sup>2</sup>.

En nada contribuyó a su ordenación y simplificación la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad Social llevada a cabo por la Ley 28/2011, de 22 de septiembre<sup>3</sup>.

Desde entonces, su marco normativo ha permanecido casi inalterado (salvo pequeños ajustes de reducción de jornadas cotizadas para el acceso al subsidio o a la renta agraria ante circunstancias climatológicas adversas u otros acontecimientos con trascendencia para el agro), pertrechado de una estructura sólida y consolidada que se remonta a comienzos del milenio.

Ello no es óbice, sin embargo, para que deba aseverarse (como ya viene haciéndose desde largo) que constituye cuando menos una anomalía en el escenario jurídico-laboral que está necesitado de nuevos ajustes<sup>4</sup>, lo cuales bien pueden adjetivarse de importantes o livianos, según se mire.

Destronando esa aparente inercia indeleble resistente al cambio que ha coronado la materia en los últimos tiempos, esta ha sido devuelta a la actualidad.

De una parte, ante los diferentes avatares vividos recientemente que han servido para recordar el valor incalculable que la producción de bienes significa. Su acción directa y primaria es básica, sencilla, armoniosa: la producción y obtención de bienes de primera necesidad. La situación derivada de la acción del COVID-19<sup>5</sup> ha permitido proyectar a un primer plano y de manera clarividente esta relevancia tan lineal y a su vez tan principal y notable que caracteriza a la actividad agraria<sup>6</sup>. A la par que los problemas a los que se enfrenta el sector en cuestiones relacionadas con la escasez de mano de obra y su carácter cíclico y estacionario. Recuérdese, en este sentido, que el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, tiene por objeto favorecer la contratación temporal en la actividad agraria

<sup>1</sup> Cfr. entre otros muchos, López Gandía, J., *La protección por desempleo de los trabajadores agrarios tras las reformas de 2006*, Bomarzo, Albacete, 2006; García Romero, B., *Seguridad social agraria: acción protectora*, Thomson&Civitas, Madrid, 2006 y Arenas Viruez, M., *Hacia la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Junta de Andalucía. Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2008, pp. 405 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. Romero Coronado, J., *El programa para el fomento del empleo agrario: hacia una estrategia global para la promoción del empleo en las zonas rurales*, Editorial Comares, Granada, 2016.

<sup>3</sup> Cfr. un estudio completo a esta norma en AA.VV., *Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios. Comentarios a la Ley 28/2011, de 22 de septiembre*, (F. J. Hierro Hierro, Dir.), Ediciones Laborum, Murcia, 2012.

<sup>4</sup> No es extraño encontrar en la doctrina científica voces autorizadas que se cuestionan este marco normativo. Cfr. Cavas Martínez, F., “El sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios: Un sistema especial «atípico» dentro del régimen general de la seguridad social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum* 12/2017, pp. 27 y ss., recogiendo las particularidades que aún hoy se mantienen con relación a su acción protectora.

<sup>5</sup> Denominación que recibe el cuadro clínico asociado al virus SARS-CoV-2. Cfr. Ministerio de Sanidad: *Información científica-técnica. Enfermedad por coronavirus, COVID-19*, actualizado a 26 de marzo 2020 (versión 2), Ministerio de Sanidad, Madrid, 2020, p. 1.

<sup>6</sup> Cfr. artículo 15 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y el artículo 1 del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo.

para asegurar su mantenimiento. A tal fin, identifica como colectivos beneficiarios de las medidas de flexibilización que implementa las personas en situación de desempleo o cese de actividad; aquellas cuyos contratos se hubieran visto temporalmente suspendidos por el cierre temporal de la actividad; las migrantes (con ciertos condicionantes) y las jóvenes de terceros países en situación regular de entre 18 y 21 años; autorizándose la compatibilidad de las retribuciones por la actividad desarrollada en el campo con la percepción de cualesquiera tipo de subsidios o prestaciones por desempleo (artículo 3 de la norma de urgencia).

Muestra esclarecedora, en definitiva, del desequilibrio tradicional existente entre una bolsa significativa de personas en situación de desempleo vinculadas a la actividad agraria y la oferta de mano de obra en determinados períodos.

De otra, por la reforma laboral de finales del año 2021. Destáquese que el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, pretende, como expresamente se recoge en su E. de M., “corregir de forma decidida esta temporalidad excesiva”. Compañera esta de viaje clásica en el sector agrario<sup>7</sup>. Ello ha propiciado que el Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, modifique la normativa reguladora de la protección por desempleo de las personas ocupadas en actividades agrarias. La más que previsible transformación de numerosos contratos de duración determinada a la modalidad de fijeza discontinua podría dificultar, aventura la norma de urgencia, el acceso al subsidio y a la renta agraria, así como, en el caso de esta última, su duración y cuantía. Ello da lugar a una nueva redacción del artículo 2 del Real Decreto 864/2006, de 14 de julio, con el propósito de “proceder a una equiparación plena entre la contratación como fijo discontinuo y la contratación eventual” a efectos de acceso y determinación de sus particulares mecanismos de protección.

Estos acontecimientos tan próximos en el tiempo animan de nuevo su estudio y cuestionamiento<sup>8</sup>. Quizá haya llegado el tiempo (o no) en el que replantearse el modelo, en todo, en parte.

Si bien la exégesis de esta rama del ordenamiento jurídico requeriría de un tratamiento singularizado y extenso, la incardinación de estas páginas en una obra colectiva y de homenaje desaconseja ser prolijos, tendiendo, por tanto, a remarcar en exclusiva los hitos más significativos en su construcción y desarrollo. Alejados de los elementos sustantivos y procesales que delimitan las prestaciones y subsidios de los que pueden ser beneficiarias las personas empleadas en el agro, serán los aspectos próximos al contexto socioeconómico y político de las distintas etapas en las que se han desarrollado las que ocupen nuestra atención.

## **2. UN SERIAL PENDIENTE DE LA ÚLTIMA ENTREGA: REPASANDO FECHAS Y CONTEXTOS**

### **2.1. Comienzos de la década de los 80**

La Ley 51/1980, de 8 de octubre, dispuso en su disposición adicional primera que en el año en curso se establecería un nuevo sistema de ayuda al desempleo agrícola, forestal

<sup>7</sup> Cfr. Arenas Viruez, M., *Hacia...*, op. cit., p. 60.

<sup>8</sup> Como muestra que la doctrina científica continúe interesada en su análisis. En este sentido, destáquese la realización del proyecto de investigación “Las prestaciones de trabajo en el sector agrario; con especial consideración al trabajo agrícola en la Comunidad Autónoma de Andalucía (2004102301, FEDER/ Junta de Andalucía)”, cuyo Investigador principal es el Profesor González Ortega.

y ganadero. Se vendría de este modo a sustituir con carácter de urgencia el cuestionado régimen del empleo comunitario<sup>9</sup>. Sin embargo, incumpliendo de manera manifiesta el mandato conferido, hubo que esperar hasta algo más de tres años para que el Real Decreto 3237/1983, de 28 de diciembre –desarrollado por la Orden de 10 de enero de 1984–, regulara por primera vez un sistema de protección por desempleo para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de sesgo asistencial.

Reglas que en modo alguno implicaron, de manera significativa, su desvinculación con las políticas activas de empleo consistentes en la ocupación de trabajadores agrícolas en situación de paro para la realización de obras o servicios públicos, conforme a los planes previamente establecidos<sup>10</sup>.

Como se ha señalado por la doctrina científica, este subsidio para las personas ocupadas en el agro nace por tres razones fundamentales, todas ajenas a la prestación de servicios.

La primera, la reconversión del campo coincidente en el tiempo con las reconversiones industriales (altos hornos, minas...). Circunstancia que imposibilitaba, de una parte, el empleo en estos sectores de las personas expulsadas del campo relegándolas, bien a un desempleo estructural, bien a la emigración externa. Además, de otra, esos grandes hitos transformadores en la industria nacional les ubicaron como perceptores netos de ingentes recursos del Estado con los que hacer frente al desempleo y la prejubilación de los afectados. El subsidio agrario vino a otorgar un trato de equivalencia (aunque menor) con las ayudas a los trabajadores de la industria.

La segunda, la inveterada menor rentabilidad de la empresa agraria que siempre ha servido como elemento tractor para desincentivar la imposición de cotizaciones mayores equivalentes a las de otros sectores, llevando de la mano a una menor protección.

Y la tercera, la singularidad territorial del latifundismo imperante en las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura que determina una enorme estacionalidad<sup>11</sup>.

Elementos a los que deben anexionarse, no pueden obviarse, las importantes y significadas carencias del modelo anterior. Con la perspectiva del tiempo se informó que las características esenciales del sistema de ayudas por empleo comunitario fueron:

- Su fórmula mixta (o ambigua, en tono displicente), entre la protección por desempleo y el fomento del empleo.
- La generación de agravios comparativos, al exigir contraprestación de trabajo para la obtención de la ayuda y limitación temporal<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Este sistema fue objeto de numerosas críticas, “críticas indiscriminadas [...] que, consciente o inconscientemente, fueron más allá de la censura de su muy deficiente administración (censura cuya justificación nadie discute), afectando a la propia sustancia de la institución (lo que no podríamos en ningún caso aprobar: hay déficit de equipamientos y servicios colectivos en nuestras comunidades rurales, y a la idea de utilizar intensivamente mano de obra para hacer frente a estas necesidades no debería haberse criticado en nombre de lo mal que dicha idea fue llevada a la práctica entre nosotros)”, Martín Valverde, A., “Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural”, *Temas Laborales* 2/1985, p. 29.

<sup>10</sup> Ampliamente sobre estas políticas, cfr. Hierro Hierro, F. J., “De las bolsas de trabajo agrario (pasando por el Plan de Empleo Comunitario y por el Plan de Empleo Rural -PER-) al Programa de Fomento de Empleo Agrario (PFEA): un sistema anquilosado necesitado de ajustes, en AA.VV., *Las políticas de empleo en el ámbito autonómico: una visión desde Extremadura*, (F. J. Hierro Hierro, Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pp. 105-151.

<sup>11</sup> Como señala con enorme acierto Ojeda Avilés, A., “Aspectos constitucionales del subsidio de desempleo para eventuales agrícolas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1/2003, pp. 7-8, nota núm. 18.

<sup>12</sup> Cfr. Dictamen aprobado por la Comisión de Agricultura, Ganadería y Pesca en relación con el informe elaborado por la Ponencia Especial para estudiar la reforma del actual sistema del Plan de Empleo Rural (PER) y el subsidio agrario, BOCG -Congreso de los Diputados-, núm. 61, de 18 de mayo de 1994, p. 3. Aspectos a los que se

Aspectos ambos que presentaban un difícil encaje con los modelos de protección ante el desempleo aplicables al resto de trabajadores.

## 2.2. Las reformas sucesivas y el fraude “omnipresente”

Algunos meses después, en 1984, a fin de adaptar el sistema a las modificaciones introducidas en el sistema de protección por desempleo de carácter general por la Ley 31/1984, de 2 de agosto, se dictó el Real Decreto 2298/1984, de 26 de diciembre, lo que supuso una nueva regulación (de conjunto) del subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales agrarios. Esta norma reglamentaria pronto se vio necesitada de ciertos retoques y adecuaciones. Así, con el Real Decreto 2405/1985, de 27 de diciembre, se iniciaba esa secuencia de arreglos anuales en el texto reglamentario continuada por los Reales Decretos 2697/1986, de 30 de diciembre; 1610/1987, de 23 de diciembre y 1585/1988, de 29 de diciembre.

Años más tarde, y como resultado de los acuerdos alcanzados por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en la Mesa de Concertación sobre Protección Social, se dictó el Real Decreto 1387/1990, de 8 de noviembre<sup>13</sup>. Razones de claridad y sistemática impulsaron una nueva redacción en bloque del subsidio agrario. Acompañadas, como se expresa en la E. de M. de la norma, “al mismo tiempo, por la aparición de situaciones de desequilibrio y desajuste, entre las que sobresale la creación de distorsiones del mercado de trabajo en determinados ámbitos geográficos y colectivos, así como por la generación de ciertas bolsas de fraude” que requieren de una actuación directa para paliarlas.

En modo alguno ello supuso el anquilosamiento del texto reglamentario. Posteriormente, aun cuando con una mayor *vacatio* temporal, este fue modificado por el Real Decreto 273/1995, de 24 de febrero, cuya finalidad no era otra que seguir introduciendo ‘mejoras’ en el sistema.

Las anteriores disposiciones reglamentarias fueron derogadas por el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, que de nuevo pretendía evitar la excesiva dispersión normativa y avanzar, progresivamente, en la introducción de avances en este mecanismo de protección de desempleo.

No puede, en este sentido, desligarse el texto de los acuerdos alcanzados entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales del campo el año precedente que alumbran el telón de fondo de su significado. De una parte, el 4 de noviembre de 1996 el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las organizaciones sindicales –Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CCOO)- suscribieron el denominado *Acuerdo para el empleo y la protección social agrarios –AEPSA-*, contemplándose entre sus objetivos, “en primer lugar, la necesidad de cambiar la imagen del sistema al objeto de evitar su utilización política. En segundo término, [...] perfeccionarlo en su conjunto, reforzando la protección de los trabajadores eventuales del campo que se encuentren en la necesidad de ser protegidos ante el desempleo, y [la potenciación de] la generación de empleo. Por último, es imprescindible erradicar las situaciones irregulares o fraudulentas localizadas”. De otra, con solo algunos días de diferencia, el 14 de noviembre del

---

unían la escasa rentabilidad técnica, económica y social de las obras realizadas; la insuficiencia de control y vigilancia de los requisitos y la desproporcionada evolución de los fondos.

A buen seguro que fueron estos aspectos (y no las desigualdades o su carácter híbrido) los que propulsaron su modificación.

<sup>13</sup> Sobre la complejidad de esta normativa, Alarcón Caracuel, M. R., y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª ed., revisada, Tecnos, Madrid, 1991, p. 350.

mismo año se firmó por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Asociación Agraria Jóvenes Agricultores –ASAJA- el llamado *Acuerdo sobre política de inversiones y empleo agrario*, encontrándose entre sus objetivos “abordar una decidida actuación conjunta de las distintas Administraciones y la Organización Empresarial firmante, para que desaparezcan situaciones anómalas que ponen en peligro el mantenimiento de una protección necesaria”<sup>14</sup>.

Este Real Decreto se vio modificado tangencialmente por el Real Decreto 73/2000, de 21 de enero, que introduce un nuevo párrafo 3.º en el apartado 4 de su artículo 3, y, especialmente y con contundencia, por el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, así como por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, sin que los postulados de mejora (o, en otros términos, de evitación del fraude) fueran desechados.

### 2.3. Las nuevas reglas de comienzos del milenio

#### 2.3.1. Una extinción que se alarga durante años: intenciones contadas y finalidades ocultas

La norma de urgencia referenciada y su texto definitivo, tras la oportuna tramitación parlamentaria, llevaron a cabo una reordenación de calado en el régimen aplicable a los eventuales agrarios en materia de desempleo<sup>15</sup>.

Actuación duramente criticada desde el campo académico. Se sostuvo, de un lado, que el importante coste político -y electoral- que conllevaba la reforma no se contrarrestaba ni con las ventajas en términos de ahorro, ni sus efectos en términos de control de fraude existente, ni en su alcance racionalizador<sup>16</sup>. De otro, que si bien era precisa la introducción de nuevas correcciones que evitasen los abusos reinantes, “ni la naturaleza de la prestación, ni sus finalidades, ni su situación actual” justificaban la reforma puesta en marcha<sup>17</sup>.

Ni las voces autorizadas, ni la movilización social hicieron que el Ejecutivo se moviera un ápice del plan trazado, consolidando el derecho a los entonces beneficiarios y cerrando el acceso de nuevas incorporaciones a quienes lo solicitasen por primera vez y a quienes no hubieran sido beneficiarios del mismo en ninguno de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud.

El subsidio agrario pasó así a situarse en un régimen de transitoriedad, esto es, declarándose “a extinguir”, aunque con un extenso período de “agonía”<sup>18</sup>. Piénsese que

<sup>14</sup> Ambos Acuerdos pueden encontrarse en *RL*, vol. I/1997, pp. 1287 a 1309 y 1310 a 1314, respectivamente.

Véase, al respecto, la Comparecencia del Señor Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales (Arenas Bocanegra) para informar sobre: -Posición del Gobierno sobre el Plan de Empleo Rural (PER) y el subsidio agrario. A solicitud del Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 108, 1996, pp. 2908 a 2928.

<sup>15</sup> Sobre el particular, Sempere Navarro, A. V., “La reforma del despido y del desempleo mediante Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo”, en AA.VV., *La reforma del despido y del desempleo (Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002)*, (A. V. Sempere Navarro y M. Cardenal Carro, Dir., y Coord.), Ediciones Laborum, Murcia, 2002, p. 19.

<sup>16</sup> Molina Navarrete, C., Cuevas Gallegos, J., De la Casa Quesada, S., y Molina Hermosilla, O., “La «contrarreforma» del sistema de protección por desempleo: continuidades y discontinuidades tras la Ley 45/2002, de 12 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)* 238/2003, p. 68.

<sup>17</sup> González Ortega, S., “La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo”, *Relaciones Laborales* 4/2003, especial monográfico: *La reforma de la protección de desempleo en la L 45/2002*, p. 61.

<sup>18</sup> Dado su carácter mortecino, como indicó García Murcia, J., “Desempleo agrícola y renta activa de inserción en el Real Decreto-Ley 5/2002”, en AA.VV., *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo (nuevo régimen jurídico del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo)*, (I. García-Perrote Escartín, Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 122.

quien hubiera sido beneficiario en el año 1999 (en los tres años anteriores a la solicitud) y contara en aquel momento con una edad temprana (de 18 años, puede suponerse) podrá continuar siéndolo en la actualidad y hasta que alcance (salvo nuevas reformas) la edad de jubilación.

Resulta complejo entender el juego de las reformas del bienio 2000-2002. Se dio paso de una reformulación con la que se suavizaban los requisitos exigidos para acceder a la prestación por desempleo, ampliándose su ámbito subjetivo (aunque siempre maridada con el fin último del afloramiento de la economía sumergida y la evitación de situaciones fraudulentas), a una nueva regulación en la que se añadían nuevas exigencias que restringían los posibles sujetos encuadrados en el mismo -suscripción del compromiso de actividad-, y se declaraba además a extinguir este singular sistema de protección ante la imposibilidad de abordar a fondo los problemas del sector agrario y el fraude en los censos.

Y todo ello sin que se hubieran producido variaciones significativas sobre los marcos regulatorios. De ahí que las finalidades expresadas en estas disposiciones legales fueran ampliar la cobertura ante la contingencia por desempleo a colectivos “que actualmente carecen de ella [eventuales agrarios]” (E. de M. del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo) y, con ello, dar cumplimiento a los Acuerdos adquiridos en noviembre de 1996 con las organizaciones sindicales y empresariales.

Estas circunstancias, en parte, contribuyeron al mantenimiento del subsidio agrario, en el entendimiento, quizá, de que a sus beneficiarios, por razones de edad, de formación y de movilidad, no les sería fácil salir de la situación de paro endémico que sufren las comunidades autónomas en las que el mismo se aplica, esto es, el campo andaluz y extremeño; y de que tales elementos en modo alguno concurren en los jóvenes del ámbito rural de estas zonas<sup>19</sup>.

Sin embargo, el contexto social, económico y político en el que se aprobó la norma llevan hacia otro tipo de inquietudes, a posiblemente la concurrencia de otros razonamientos ocultos.

En primer lugar, quizá fuera el giro político de comienzos del milenio (Gobierno en minoría del primer Ejecutivo con José María Aznar López al frente -1996 a 2000- y con mayoría absoluta en su segundo mandato -2000 a 2004-) el que sirviera para desenmascarar las voluntades reales sobre este instrumento, amortiguadas en el año 2000 ante un inminente escenario electoral y un más que posible cuestionado apoyo parlamentario. Incertidumbres que se vieron solventadas de manera notable ante el inicio de una nueva Legislatura, la VII.

Circunstancia, en segundo lugar, que puede en parte verse acompañada por el marchamo de dependencia política o clientelista que ha vinculado al sistema del subsidio agrario a feudos tradicionales de corte de centro izquierda (Andalucía y Extremadura), quedando lejos ese potencial caladero de votos.

En tercer lugar, con la congelación del subsidio agrario el legislador buscaba una vez más corregir las disfunciones fraudulentas observadas en la protección por desempleo, aunque nada se mencionase en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre<sup>20</sup>.

Por último, y en un momento de crecimiento económico muy relevante con importantes sectores necesitados de mano de obra de poca o nula cualificación (de manera significada la construcción), estas medidas se encaminaban a desincentivar el inmovilismo de los perceptores del subsidio. En términos positivistas, el veto al acceso de nuevos beneficiarios actuaba como palanca para movilizar a los trabajadores agrarios hacia donde se encontraban los empleos, que era en las ciudades y en algunas regiones (a la vez que para frenar la llegada

<sup>19</sup> Para Cavas Martínez, F., “La nueva protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios”, *Aranzadi Social* 16/2003, p. 26, “el Gobierno de la Nación, con la decisión de suprimir el subsidio agrario, ha incumplido la letra y el espíritu de los pactos alcanzados en 1996”.

<sup>20</sup> Esta aseveración trae causa en que todas las reformas operadas sobre este sistema de protección han tenido su origen en los desequilibrios y desajustes producidos en el mercado de trabajo. Nada contribuye a sostener que esta no estuviera también presente.



de mano de obra extranjera en situación irregular ante el efecto llamada de la ocupación). La movilidad geográfica y la reconversión profesional se presentaban como la única forma de abordar los problemas de paro estructural de Andalucía y Extremadura, olvidándose de mejorar las condiciones que permitiesen crear empleo en las regiones con peores tasas con miras a reducir las disparidades regionales en materia de empleo y desempleo, lográndose de este modo trasvasar la población rural andaluza y extremeña hacia las ciudades de estas regiones<sup>21</sup>.

### 2.3.2. Una nueva prestación contributiva

Las reformas del año 2002 también supusieron la extensión de la prestación contributiva por desempleo a los trabajadores agrarios del conjunto del territorio español.

Esta medida cumplía distintas finalidades. En primer lugar, avanza en la exigencia de tendencia a la igualdad con el ideal de cobertura otorgado por el Régimen General de la Seguridad Social, puesta ya de manifiesto por la Ley de Seguridad Social de 1966 y reiterada tanto en el *Acuerdo para el empleo y la protección social agrarios (AEPSA)* como en el *Acuerdo sobre política de inversiones y empleo agrario*.

De otra parte, y en el terreno pragmático, se ofrece como contrapartida por “la supresión (hacia el futuro) del subsidio especial de los trabajadores agrícolas”<sup>22</sup>.

Y, por último y unida a lo indicado *supra*, amplía el ámbito subjetivo de protección a todo el territorio nacional, con lo que cubre el déficit de protección que venían sufriendo los trabajadores eventuales agrarios que no se encontraban domiciliados en las Comunidades Autónomas de Andalucía y/o Extremadura.

Pese a ello, esta situación de mejora era limitada por importantes singularidades que llevaron a tildar el nuevo modelo como “subsistema”<sup>23</sup>, “discriminatorio [y] poco realista”<sup>24</sup>, generador de desprotección de los eventuales agrarios andaluces y extremeños. Con carácter preeminente, por cuanto las ventajas del sistema contributivo se relacionan de manera proporcional con las oportunidades reales de empleo<sup>25</sup>. Reducidas para esos ámbitos territoriales<sup>26</sup>.

### 2.3.3. La renta agraria

La reordenación del desempleo de los eventuales agrarios de la que se ha dado cuenta *supra* -limitando la entrada al subsidio agrario y ampliando la prestación por desempleo de nivel contributivo- tuvo una importante contestación política y social. Ha de insistirse en que la conjunción de ambas actuaciones habría de traducirse en los principales territorios afectados en la generación de un escenario de desprotección y, con ello, en una apuesta clara por la despoblación. La incapacidad del tejido empresarial para crear y retener

<sup>21</sup> Cfr. J. López Gandía: *La protección por desempleo de los trabajadores del Régimen Especial Agrario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 29 y 100.

<sup>22</sup> García Murcia, J.: “Desempleo...”, op. cit., p. 123.

<sup>23</sup> González Ortega, S., “La...”, op. cit., *RL* 4/2003 p. 66.

<sup>24</sup> López Gandía, J., *La...*, op. cit., pp. 10 y 89.

<sup>25</sup> Cardenal Carro, M., y Hierro Hierro, F. J., “La protección por desempleo en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas de 2002 (Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre)*, (A. V. Sempere Navarro, Dir.), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 263, nota núm. 60.

<sup>26</sup> Si bien esos elementos particulares a los que se hace referencia han sido solventados, las posibilidades de ocupación para los eventuales agrarios, con baja o nula cualificación, en territorios inhóspitos para el tejido empresarial, con carencias de comunicaciones e infraestructuras... continúan presentes.

empleo en número adecuado en las zonas rurales (por muchos factores, comunicaciones, infraestructuras...) es una realidad insoslayable.

Con los propósitos de restaurar la paz social en el campo andaluz y extremeño; de moderar los efectos perniciosos de la supresión del subsidio agrario y de facilitar la inserción laboral e incentivar el empleo de los eventuales agrarios se reguló al tiempo una nueva prestación específica. Esta tuvo en consideración las concretas circunstancias de empleo que concurren en estos territorios, adaptada a las características del medio y del colectivo afectado oferente ahora de un bloque completo de protección contra la carencia de rentas, así como de otros déficits de orientación, formación y experiencia profesional, que lastran su reinserción laboral.

El Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, responde a tales fines. No trataba de ampliar el programa de “renta activa de inserción” a eventuales agrarios andaluces y extremeños, sino de crear para ellos una prestación nueva y distinta, a través de una fórmula híbrida y original en la que predominasen elementos asistenciales y de ayuda a la inserción laboral, manteniendo elementos del anterior subsidio de desempleo agrario, asumiendo algunos elementos de la renta activa de inserción e incluyendo otros elementos originales.

Correspondía, en definitiva, con una nueva prestación que, teniendo en cuenta las singularidades en materia de empleo de las zonas geográficas en las que se aplica y los objetivos generales de las reformas de 2002, así como las disfunciones observadas en la experiencia de la aplicación del subsidio agrario, otorga una adecuada protección por desempleo reforzada a un colectivo que sin ella se vería desprovisto de protección. Política eficaz, en definitiva, que aglutina su acción en la garantía de unos ingresos mínimos, a la par que promueve medidas destinadas a incentivar la incorporación y permanencia del desempleado en el mercado laboral, con actuaciones adecuadas de inserción laboral<sup>27</sup>.

Norma reglamentaria que, con pequeños ajustes, ha llegado a la actualidad.

#### 2.3.4. La “ampliación” a los fijos discontinuos

El cambio de ciclo político en el año 2004 alumbró un nuevo proceso de concertación entre los agentes sociales y el Gobierno. Se inició este con la *Declaración para el diálogo social 2004. Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social*, que propició la inclusión de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo entre los temas que debían ser prioritariamente tratados en las mesas negociadoras.

El *Documento para la mesa de diálogo social sobre mercado de trabajo*, fechado en Madrid el 18 de octubre de 2005, aludió de modo expreso a la conveniencia de introducir algunas reformas en el sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios eventuales y fijos discontinuos.

Fruto de esos trabajos fue el *Acuerdo para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios*, firmado en Madrid el 15 de diciembre de 2005, con el propósito, de una parte, de sentar las bases de un nuevo sistema de protección por desempleo integral para las personas eventuales agrarias de Andalucía y Extremadura, superándose así la complejidad técnica y las imperfecciones introducidas por las reformas del año 2002; y, de otra, de avanzar en el logro de la equiparación entre el REASS y el Régimen General.

<sup>27</sup> En este sentido, Martínez Lucas, J. A., “La nueva renta agraria para los trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura”, *Diario La Ley* 5780/2003, p. 15.

A tal efecto se alcanzaron acuerdos sobre distintos aspectos: modificación de la escala de la duración de la prestación contributiva de los eventuales agrarios; eliminación de los límites temporales de obtención de la renta agraria; exoneración de manera transitoria del requisito de jornadas reales para acceder al subsidio agrario y a la renta agraria; implantación de medidas favorecedoras de la movilidad funcional entre Regímenes; acerca de los fondos para el programa de fomento de empleo agrario y, por último, protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos de este sector productivo.

Ante tal concreción, el *Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo* solo podía disponer como medida al respecto, tal y como hizo, la necesidad de que el Gobierno adoptara, en cumplimiento del Acuerdo de 15 de diciembre de 2005, las normas o actuaciones que fueran necesarias para su implementación<sup>28</sup>.

La normación de esos acuerdos se produjo a través de la aprobación de dos textos reglamentarios. Los RRDD 807/2006, de 30 de junio, y 864/2006, de 14 de julio, fueron los encargados de trasladar los pactos alcanzados al ordenamiento positivo, asumiendo uno las medidas relativas a la adecuación de ciertas técnicas instrumentales en el ámbito de la Seguridad Social y el otro los aspectos sustantivos de las reformas, respectivamente.

Los ajustes respondieron, en lo que ahora interesa, a la aclaración de la normativa de protección por desempleo aplicable a los trabajadores fijos discontinuos incluidos en el REASS.

Se dispuso, en primer lugar, que a las personas que desarrollan su actividad por cuenta ajena con carácter fijo discontinuo incluidas en el REASS le son de aplicación las normas sobre protección por desempleo establecidas para aquellas que las prestan por cuenta ajena con carácter fijo integradas en dicho Régimen Especial. Y, en segundo lugar, que las personas que desarrollan la actividad agraria como fijas discontinuas en las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura tienen un régimen específico, reconociéndoseles la doble consideración de fijos discontinuos y de eventuales del REASS, pudiendo optar por las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o, en su caso, por el subsidio asistencial o por el subsidio agrario, con la excepción del subsidio especial de los trabajadores mayores de 52 años, o, en su caso, por la renta agraria<sup>29</sup>.

### 2.3.5. La “desaparición” del Régimen Especial Agrario

La Ley 28/2011, de 22 de septiembre, ‘materializa’ los anhelos expresados en la Ley de Bases de la Seguridad Social de equiparación de prestaciones entre regímenes. Su nomenclatura invita a esta interpretación, “por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social”. Pese a ello, las diferencias continuaron:

- a. Los trabajadores por cuenta ajena agrarios eventuales mantuvieron el derecho a la protección por desempleo contributiva conforme a lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, y las particularidades establecidas por la disposición adicional tercera.
- b. A los trabajadores por cuenta ajena agrarios eventuales no se les reconoció el acceso a la protección por desempleo de nivel asistencial.

<sup>28</sup> Cfr. sobre este proceso convergente, Cavas Martínez, F., y García Romero, B., “La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”, *Temas Laborales* 94/2008, pp. 203 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. Cardenal Carro, M., “¿Qué es la «eventualidad» como requisito para el acceso al desempleo asistencial en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social? El caso de los trabajadores «fijos discontinuos»”, *Aranzadi Social* vol. 1/1998, pp. 2528 a 2530.

- c. Los trabajadores por cuenta ajena agrarios eventuales residentes en las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura pudieron seguir disfrutando del derecho, como hasta ahora, también al subsidio agrario o a la renta agraria.
- d. Los fijos discontinuos del campo de estos territorios mantuvieron su régimen de opcionalidad, ya fijos, ya eventuales; ya prestación contributiva y subsidio asistencial, ya subsidio agrario o renta agraria<sup>30</sup>.

Escasa fue la transformación respecto de la protección frente al desempleo experimentado por las personas ocupadas en el agro tras esta integración.

### 2.3.6. *Nada parece cambiar*

La regulación de esta materia por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, no ha implicado cambios sobre el escenario glosado.

El apartado 1 del artículo 286 de la norma sustantiva concreta y ordena los distintos modelos de protección por desempleo a los que pueden tener acceso las personas ocupadas por cuenta ajena en el sector agrario, perfilando estos niveles de protección según la duración de sus contratos (fijeza o eventualidad) y el lugar de residencia. Sistematiza, en definitiva, la materia analizada en las páginas precedentes. Ninguna particularidad al respecto es contemplada.

Lejos queda, por tanto, esta tendencia a la unidad y homogeneidad largamente preconizada con el Régimen General de la Seguridad Social (al menos para algunos territorios).

Aspecto que se ve lastrado por las últimas modificaciones en la materia a raíz de la reforma laboral de 2021. El Real Decreto-Ley 4/2022, de 15 de marzo, avanza en la equiparación plena entre la contratación como fijo discontinuo y el eventual a los efectos de acceso y determinación del derecho al subsidio para eventuales agrarios y a la renta agraria. Ahonda así en el distanciamiento del marco protector del Régimen General.

Las manifestaciones de la actividad agraria en Andalucía y Extremadura de nuevo llevan a que la protección por desempleo, ahora de los fijos discontinuos, descansa más sobre la mayor o menor intensidad de las labores a realizar durante la campaña (sobre, en definitiva, la eventualidad o temporalidad de la prestación de servicios y obtención de recursos económicos) que en la fijeza de la relación laboral (aspecto pretendido por la reforma laboral de la que trae causa). Circunstancia de todo punto lógica, ya que esa pretendida fijeza contractual se encuentra vinculada a una actividad de campaña, temporal, de recolección, siembra... limitada en el tiempo<sup>31</sup>. A pesar de la duración indefinida del contrato, las carencias económicas derivadas de la estacionalidad de la prestación de servicios permanecen inalteradas.

---

<sup>30</sup> Cuestión que estaba resuelta en la práctica, aplicable sin ambages por el Servicio Público de Empleo Estatal la norma reglamentaria del año 2006.

Aunqu e era posible interrogarse acerca de su vigencia con el recurso a los aforismos latinos *lex posterior derogat legi priori* y *lex superior derogat legi inferior*.

<sup>31</sup> Cfr. Cardenal Carro, Miguel: “¿Qué...”, op. cit., AS vol. I/1998, pp. 2528 a 2530.

### 3. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Son ya, como se mencionaba al inicio de esta colaboración, cuatro décadas de ejecución de estas políticas. Son incuestionables las mejoras que su puesta en marcha (en conexión directa con el Plan de Empleo Rural -PER-, y los programas que le sucedieron) han implicado en la dotación de equipamientos y servicios a las comunidades rurales. En un intangible mayúsculo como es la fijación de la población en el entorno rural y vinculado al agro.

Sin embargo, lejos de todo ello y entrando en lo que se entiende como su elemento nuclear, no puede más que mostrarse su fracaso. La protección por desempleo de las personas ocupadas con carácter temporal en el sector agrario en determinados ámbitos geográficos requiere de un tratamiento específico. El empleo de las reglas comunes para dar cobertura ante tal contingencia a este colectivo, en buena medida, abocará a su desprotección.

No se puede ser ajeno a las realidades sociales, económicas y productivas que les rodean. Y las normas han de ser partícipes de las mismas contemplando estas singularidades.

Ello no empece, sin embargo, para que el diseño de las futuras políticas pasivas que se establezcan haya de tener una clara vocación por la inserción y la reinserción al mercado de trabajo de este colectivo. Reglas como la fijación de la cuantía de la prestación en función del número de jornadas reales trabajadas; la exportación de tal pauta en relación con la duración de la prestación; la eliminación de coberturas completas casi sin exigencias; las acciones orientadoras, formativas; el correcto funcionamiento de los servicios de acceso al empleo... deben ser los pilares fundamentales en los que se sustenten esas futuribles políticas. No es fácil lograr el punto de equilibrio, pero ambas políticas deben estar íntimamente conectadas.

Lo contrario, no dejará de convertirlas en rentas mínimas de subsistencia que han de armonizarse con las rentas básicas de las comunidades autónomas y las prestaciones no contributivas existentes, de manera singular, con el ingreso mínimo vital. Con lo que tal vez dejen de tener sentido las primeras ante las nuevas situaciones contempladas.

Y, en el plano colectivo se requiere de una acción directa de dinamización de las zonas rurales, favoreciendo la actividad productiva vinculada al sector primario, con la potenciación de la industria agroalimentaria, la contribución al desarrollo rural o la conservación de la naturaleza, a través de acciones mayores: mejora de infraestructuras, adecuaciones impositivas....

Es esta labor de conjunto la que debe permitir la reconversión del sector primario con la potenciación de la agroindustria, lo que favorecerá condiciones laborales y de protección social acordes a las medias nacionales y la fijación de la población a las zonas rurales, con un desarrollo económico y social en positivo.

# **INCONGRUENCIAS GUBERNAMENTALES ACERCA DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN**

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

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

Universitat Pompeu Fabra - Barcelona

## SUMARIO:

1. EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN
2. JUBILACIÓN ANTICIPADA
3. PREJUBILACIONES PACTADAS CON CARGO AL ERARIO
4. EDADES ESPECIALES DE JUBILACIÓN
5. INCOMPATIBILIDAD DE LA JUBILACIÓN CON OTRA REMUNERACIÓN PÚBLICA
6. CONSOLIDACIÓN DE LA SEPARACIÓN DE FUENTES Y DEL EQUILIBRIO FINANCIERO
7. EXTRA: LA NO COTIZACIÓN POR DESEMPLEO
8. CONCLUSIÓN

En noviembre de 2020 se aprobó<sup>1</sup> la tercera actualización de las recomendaciones del llamado “Pacto de Toledo”, que desde 1995 afronta con espíritu unitario cuáles deberían ser las reformas que emprender para consolidar nuestro sistema público de seguridad social. Ello supuso el punto de partida para que el gobierno iniciase a partir de 2021 un proceso de negociación con los interlocutores sociales con vistas a cumplir, más o menos, las casi dos docenas de recomendaciones contenidas en esta última versión del citado pacto parlamentario. Tales negociaciones, primero; los pactos posteriores; y, finalmente, las concretas modificaciones normativas, han venido acompañados del habitual coro de declaraciones, propuestas y estudios que intentan crear un relato que rentabilice políticamente el esfuerzo de cada interlocutor<sup>2</sup>. El objeto de las presentes líneas es comparar lo que se recomienda en sede parlamentaria acerca de cuáles deben ser nuestros objetivos de protección social y lo que realmente sucede en nuestra realidad normativa y en la acción de los sucesivos gobiernos, especialmente en el entorno más próximo al gobierno: los funcionarios civiles, judiciales y militares, que conforman el ecosistema en el que desarrolla mayoritariamente su actividad el ejecutivo.

## 1. EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN

La edad de jubilación es uno de los temas estelares de cualquier debate sobre las pensiones de seguridad social. En España, la reforma de 2011 introdujo en el sistema de Seguridad Social una dualidad de edades de jubilación dependiendo de la carencia acreditada, e introdujo un progresivo desplazamiento de la edad de jubilación desde la tradicional edad de 65 años hacia los 67. Sin embargo, no hay rastro de tal tendencia en las normas que relativas a los funcionarios públicos: tanto en Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)<sup>3</sup> como en otras normas que afectan a un gran número de funcionarios<sup>4</sup> se mantiene como edad de jubilación forzosa la edad de 65 años, y aunque permanecen diversas excepciones y examinaremos seguidamente algunas la edad de 67 años como edad ordinaria de jubilación no ha impregnado la edad de jubilación de los funcionarios.

No vamos a detenernos ahora en si tiene más razón el Banco de España que cada año repite e insiste en su mensaje de que debería retrasarse la edad de jubilación ordinaria a los setenta años si no queremos amenazar la viabilidad de nuestro sistema de pensiones, o si deberíamos solidarizarnos con el mensaje de FEDEA y sus economistas que nos advierten que prolongar la edad de jubilación es causa de serios daños a la salud de los ciudadanos; pero los argumentos que sirven para el sector privado son o deberían ser igualmente válidos para el sector público salvo casos especialísimos que pueden darse en ambos sectores, porque los economistas que trabajan en una consultora no son tan distintos de los que trabajan para la Agencia Tributaria, los mensajeros repartidores para una empresa de paquetería no difieren mucho de los chóferes que trasladan la valija entre ministerios, y así sucesivamente. En consecuencia, si desde el Gobierno se ha impulsado el retraso de la edad de jubilación en el Régimen General, debería haber hecho lo mismo en el sector público.

---

<sup>1</sup> Congreso de los Diputados, BOCG, serie D, núm. 75, de 10 de noviembre de 2020.

<sup>2</sup> Y que por conocidas y en aras de la brevedad no reproduciremos: cualquier búsqueda en Google sobre cada uno de los ítems aquí tratados nos proporciona docenas de miles de artículos y recortes de prensa.

<sup>3</sup> Hoy refundido en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (BOE 31/10/2015) con sus ocho actualizaciones posteriores.

<sup>4</sup> Por ejemplo: DA-15, Ley 30/1984, de 2 de agosto; art 5, LO 9/2015, de 28 de julio; art 114, Ley 39/2007; art 94, Ley 29/2014, de 28 de noviembre; art. 492, LO 6/1985, de 1 de julio.

## 2. JUBILACIÓN ANTICIPADA

En la segunda mitad del año 2020 el gobierno anunció “un endurecimiento de la jubilación anticipada” con numerosos mensajes que argumentaban que las exigencias europeas y la recomendación doceava del Pacto de Toledo exigían tomar medidas drásticas para acercar la edad real de jubilación a la edad teórica de jubilación ordinaria. Finalmente, estos mensajes admonitorios más bien arrojaron tan sólo un pequeño cambio de las penalizaciones por jubilación anticipada, que más que endurecer las condiciones de acceso buscaba una reubicación de los perfiles de trabajadores anticipadamente jubilados, ya que tras la reforma la mayoría de coeficientes pasaron a ser más beneficiosos que los anteriormente existentes, a cambio de endurecer los de muy corto o muy largo anticipo de la jubilación; asimismo se penalizó a los perceptores de pensión máxima que vieron castigada, una vez más, su posición ante la jubilación<sup>5</sup> dado que era evidente que resultaban totalmente ineficaces las anteriores penalizaciones, aplicadas sobre la base reguladora, para frenar que se jubilaran anticipadamente. Casi desaparecidos los mutualistas anteriores a 1967<sup>6</sup>, la distancia entra la edad ordinaria de jubilación y la real descansa mayoritariamente en dos colectivos: quienes se jubilan anticipadamente voluntaria o involuntariamente y en los aquellos que tienen la posibilidad de jubilarse a edades distintas de la edad ordinaria.

Es justamente en el segundo de estos colectivos donde se produce una sorprendente dicotomía gubernamental entre lo que se predica y lo que se aplica, porque se mantiene sin retoque ni amenaza alguna la posibilidad de que todos los funcionarios puedan jubilarse voluntariamente a los sesenta años, sin penalización alguna, con tan sólo acreditar una carencia de treinta años, y la envidia que puede provocar este régimen de jubilación puede acompañarse de sorpresa al constatar que no existe ningún intento de modificarlo.

Ciertamente la posibilidad de jubilación anticipada sin penalización es vivida por muchos funcionarios como un derecho adquirido, a defender con uñas y dientes, pero ello es consustancial a toda regulación de la edad de jubilación. La historiografía jurídica de la edad de jubilación en la función pública nos da una auténtica montaña rusa de cambios, y todos ellos han venido acompañados de sensación de agravio por parte de los interesados, que en los cuerpos más cercanos a la actividad jurídica se ha transformado en multitud de demandas judiciales solicitando compensaciones por tal *agravio*. Pero todos sabemos que, en puridad, una determinada edad de jubilación es una expectativa que puede ser modificada por el legislador<sup>7</sup>. En todo caso, no es fácilmente comprensible que el común de los trabajadores vea menguada su pensión de forma vitalicia si cede anticipa su jubilación, y que el servicio público de los funcionarios civiles, militares o judiciales facilite la mencionada jubilación a los sesenta años, porque no se aprecia a simple vista que ello corresponda a un mayor desgaste físico o mental de quienes ostentan la categoría jurídica de funcionario.

## 3. PREJUBILACIONES PACTADAS CON CARGO AL ERARIO

Diversos colectivos de trabajadores gozan del derecho a una edad ordinaria de jubilación menor a la establecida con carácter general. Tal edad normalmente se determina mediante unos coeficientes que dependen del número de años durante los cuales se ha ejercido una

<sup>5</sup> Por todos los detractores de la llamada *reforma silenciosa* de las pensiones, véase CONDE-RUIZ, J.I. <https://nadaesgratis.es/j-ignacio-conde-ruiz/endurecer-jubilacion-anticipada-a-perceptores-de-pension-maxima-profundizado-en-la-reforma-silenciosa>, [última consulta el 22/07/2022]

<sup>6</sup> U otras fechas equivalentes, según cuando se produjo la integración de las respectivas mutualidades, como la fecha de 19/12/1969 para los ferroviarios de FEVE, o la de 1/8/1970 para los trabajadores del Mar.

<sup>7</sup> STC 108/1986, de 29 de julio, fundamento jurídico decimosexto y ss.



actividad que se consideró en su momento como especialmente penosa, peligrosa o dañosa. El tiempo verbal pasado tiene su plena justificación porque algunas de estas edades especiales se conservan por razones históricas, aunque las condiciones de trabajo de las profesiones de referencia hayan cambiado notablemente, y aquí también son percibidas anímicamente como derechos adquiridos que el legislador no debería en ningún caso retocar.

Considerados individualmente, resulta muy difícil dudar de la pertinencia de la regulación que afecta a cada uno de tales colectivos con edades propias y menores de jubilación, y cíclicamente se producen peticiones para que sea rebajada la edad de jubilación: sanitarios, albañiles, transportistas, agricultores, etc; por ello, y en un intento de objetivar las razones y los costes se promulgó una norma<sup>8</sup> que regula el procedimiento y la contribución a los costes financieros que suponga el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación. Esta norma únicamente se ha aplicado en una ocasión, y precisamente para empleados públicos: en 2018 se establecieron<sup>9</sup> coeficientes reductores de la edad de jubilación para los policías locales. Los sindicatos más representativos de los policías locales actuaron diligentemente en defensa de sus intereses [art. 7CE], consiguiendo en vísperas de las elecciones municipales, lo que largo tiempo habían solicitado para tales funcionarios locales, pactando que el coste de tales jubilaciones en edad más temprana se pagaría con cotizaciones adicionales que básicamente pagarán los ayuntamientos<sup>10</sup>, es decir, todos nosotros. Y para ver la coherencia gubernamental basta considerar dos detalles: a) en el exposición de motivos se justifica la rebaja de la edad con el siguiente argumento “*Procede el reconocimiento de coeficiente reductor de la edad de jubilación al colectivo al que se refiere este real decreto toda vez que, realizados los pertinentes estudios, se desprende que los requerimientos psicofísicos que se exigen para su ingreso en ese cuerpo de seguridad, así como el desarrollo de la actividad inherente a ese cuerpo, no pueden realizarse o resultan más gravosos a partir de una determinada edad*” y uno no puede sino preguntarse si este argumento con el que se justifica rebajar la edad de jubilación de tales funcionarios no es aplicable a todas las actividades laborales y profesionales, si existe algún trabajo en el que los requerimientos psicofísicos de entrada y los de su continuado ejercicio no sean también más gravosos a partir de determinada edad. Por el contrario, b) a pesar de que el tercer párrafo del art. 206.1 LGSS dice llanamente que “*El establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación solo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo*”, no se menciona en ninguna parte de esta norma que rebaja la edad de jubilación de los policías locales nada relativo a la imposibilidad de establecer una segunda actividad para los policías locales de edad madura, que hubieran podido ser destinados a mejorar la seguridad y calidad de servicio de cualquiera de las actividades propias de las corporaciones locales, como los servicios sociales, sanidad y salubridad, disciplina urbanística, medio ambiente urbano, vigilancia de la escolaridad obligatoria, etc, segunda actividad que sí existe en otros cuerpos de seguridad de no menores requerimientos físicos.

Adicionalmente, podemos recordar que la rebaja de edad anteriormente reseñada no es sino un episodio más del comportamiento general de las administraciones públicas en relación con la jubilación de sus empleados. Han coexistido siempre los mensajes gubernamentales en pro de retrasar la edad real de jubilación con la aceptación de pactos en las empresas públicas y organismos autónomos<sup>11</sup> para utilizar las prejubilaciones,

<sup>8</sup> RD 1698/2011, de 18 de noviembre (BOE 23/11/2011).

<sup>9</sup> RD 1449/2018, de 14 de diciembre (BOE 15/12/2018).

<sup>10</sup> Art. 106-17 de la Ley 22/2021 de Presupuestos Generales del Estado para 2022 (BOE 28/12/2021): el tipo de cotización adicional será del 10,60% del que el 8,84% será a cargo de la Administración Local y el 1,75% a cargo de los policías locales.

<sup>11</sup> Por ejemplo: Correos ha aceptado en 2022 prejubilarse a un millar de sus trabajadores “para rejuvenecer a su plantilla”; RTVE se propone hacer lo mismo con 200 trabajadores.

jubilaciones anticipadas y jubilaciones parciales como instrumento de regulación del empleo, a pesar de lamentarse de ello la Comisión del Pacto de Toledo en su recomendación número doce.

#### 4. EDADES ESPECIALES DE JUBILACIÓN

Las rebajas de la edad de jubilación que se han justificado en razón a una especial dureza de su trabajo se articulan en base a unos coeficientes que rebajan la edad en una determinada proporción al tiempo en que se haya ejercido tal actividad; sin embargo, otros colectivos de trabajadores públicos han conseguido del Estado una modificación de su edad de jubilación en sentido contrario: prolongar la edad ordinaria un puñado de años más allá de la edad general de sesenta y cinco años, evidentemente porque tal retraso comporta una serie de ventajas económicas para tales personas, y ello nos mueve a plantear la cuestión de si se halla suficientemente fundamentado que quienes trabajan en los aledaños del poder político puedan gozar de tales ventajas que se niegan al común de trabajadores. La primera y más obvia de las ventajas es que aplazar la edad de jubilación supone mejorar el porcentaje aplicable al cálculo de la misma para quienes no hubiesen alcanzado el umbral de treinta y cinco años que proporciona el 100%; y para muchos, demorar el recorte de retribuciones que supone la jubilación, es enormemente beneficioso, ya que, especialmente en los cuerpos más selectos de la administración pública, la jubilación supone disminuir los haberes a menos de la mitad, y aplazar tal recorte cinco, seis o siete años representa un buen pico de dinero. Adicionalmente, tales funcionarios se beneficiarán<sup>12</sup> del mismo complemento del cuatro por ciento por año de demora, previsto en el art. 210 LGSS, que premia a quienes se jubilan posteriormente a la edad ordinaria general.

Los protagonistas por excelencia en establecer una edad ordinaria de jubilación han sido siempre los jueces. Antes de la reforma de la función pública de 1984 tenían asignada como edad de jubilación forzosa los setenta años, en 1985 pasaron a la edad general de jubilación forzosa de sesenta y cinco años, y en 1992 una nueva ley orgánica restableció su edad de jubilación a los setenta años, sin perjuicio de la posibilidad de ser nombrados magistrados eméritos. Resulta interesante leer<sup>13</sup> la justificación dada por los distintos grupos parlamentarios al proponer las enmiendas que elevaban a 70 años tal edad: “evitando no sólo la necesidad de sustituirlos por otros de escasa experiencia” o para proponer que los ya jubilados pudieran reintegrarse al servicio activo “La rectificación del grave error de la jubilación anticipada de Jueces o Magistrados no resultaría efectiva si no se subsanan, en lo posible, las consecuencias morales y materiales de tan caprichoso desaguizado” (GP); “Se hacen necesarias la reforma propuesta debido al escaso número de Jueces y Magistrados, ya que no parece prudente ampliar el número anual de nuevas plazas” (GS) como si no fuese lo normal en cualquier administración o empresa que quienes se jubilan sean sustituidos por otras personas con menor experiencia; o que se convoquen nuevas plazas para sustituir a quienes les llega la edad de jubilación. El caso es que sí, se aumentó para jueces, fiscales y magistrados la edad de jubilación forzosa; en el año 2000 y hasta fin del año 2003 tal edad volvió a aumentar hasta los 72 años, y hasta finales de 2004 en 71 años;<sup>14</sup> y, finalmente, desde el año 2015 la edad de jubilación forzosa se amplió prácticamente hasta los setenta

<sup>12</sup> Así lo dispone la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley de Clases Pasivas del Estado RDLg 670/1987, de 30 de abril (BOE 25/5/1987), con las precisiones aportadas por la LO 7/2015 de 21 de julio (BOE 22/07/2015).

<sup>13</sup> BOCG, IV legislatura, Serie A, núm. 93-3 de 22 de septiembre de 1992.

<sup>14</sup> Art. 4 de la LO 9/2000, de 22 de diciembre (BOE 23/12/2000)

y dos años<sup>15</sup> al decir que la solicitud para seguir trabajando hasta dicha edad solo podrá ser denegada cuando se solicite fuera de plazo.

Este periplo de edades ha tenido como compañeros de viaje otros cuerpos de servidores públicos, como los profesores universitarios<sup>16</sup> y los notarios, agentes de cambio y bolsa y corredores colegiados de comercio, a los que se añadieron recientemente los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, que gozan<sup>17</sup>, como los jueces, de la posibilidad de jubilarse forzosamente a los setenta y dos años, posibilidad que no les puede ser denegada salvo caducidad del plazo de petición.

Pueden explicarse y quienes nos dedicamos a la función docente lo hacemos cada curso académico las razones y circunstancias que rodearon cada una de las modificaciones antedichas y algunas más; pero difícilmente puede justificarse que tales edades rijan exclusivamente para estos colectivos, porque todos los argumentos para establecer tales edades, sean referidos a la pervivencia de capacidades intelectuales, a la calidad del servicio público, o a lo enrevesado de los procesos selectivos, pueden aplicarse por igual a jueces, profesores universitarios y registradores de la propiedad, que a farmacéuticos del Ministerio de Sanidad, actuarios del Ministerio de Seguridad Social, traductores del Ministerio del Interior, o bibliotecarios del Ministerio de Cultura, por poner algunos ejemplos. Pudiera comprenderse que ningún gobierno quiera meterse en el jardín de eliminar las edades especiales de jubilación de magistrados, registradores y profesores, pero sería más igualitario y coherente que todos los servidores públicos pudieran beneficiarse si lo desearan de las ventajas económicas que representa prolongar la actividad laboral, igualando las edades postergadas de jubilación en lugar de la ensalada que se ha acumulado a golpe de presión corporativa<sup>18</sup>.

Ciertamente, la prolongación voluntaria en el servicio público está previsto en distintos textos legales que pueda ser solicitada por los interesados<sup>19</sup>, pero no como un derecho subjetivo de los interesados, sino como una posibilidad que incluso puede comportar proseguir en el servicio más allá de los setenta años<sup>20</sup>, siempre que se sumen el interés de la persona que lo solicite y el del servicio público que preste la administración, si bien en algunas sentencias de TSJ se ha reconocido el derecho a prolongar el servicio siempre que ello comportase la optimización de la pensión de jubilación del interesado<sup>21</sup>, pero en general las resoluciones contrarias a la Administración lo han sido por defecto de fundamentación de la negativa, que puede basarse tanto en razones organizativas<sup>22</sup> como en la relevancia o no de las aportaciones personales del solicitante al servicio<sup>23</sup>. Ello supone que mayoritariamente las solicitudes de los interesados se rechacen, puesto que al no existir un elenco de causas tasadas de denegación le basta a la Administración argumentar que no existe una aportación

<sup>15</sup> Artículo único.cincuenta de la LO 7/2015, de 21 de julio (BOE 22/07/2015)

<sup>16</sup> Que mediante el RDL 15/1993 aplazaron de forma urgente su jubilación un año, durante el cual se tramitó la reforma de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en cuya Disposición Adicional Decimoquinta se estableció mediante la Ley 27/1994, de 29 de septiembre (BOE 30/09/1994) que la edad de jubilación forzosa serán los setenta años; si bien en realidad será ligeramente posterior, porque pueden jubilarse al finalizar el curso académico en el que cumplan tal edad.

<sup>17</sup> Ley 29/1983, de 12 de diciembre (BOE 28/12/1983) modificada recientemente por la disposición adicional sexta de la Ley 21/2021 de Presupuestos Generales del Estado para 2022 (BOE 29/12/2021)

<sup>18</sup> Véase la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, (BOE 12/3/2011) que, a instancias de CiU en el Senado, incluyó una previsión para prolongar la actividad de profesores e investigadores hasta los 75 años, adicionalmente a la institución de profesores eméritos que ya contempla esta edad.

<sup>19</sup> Artículo 67.3 del EBEP: RDLg 5/2015, de 30 de octubre (BOE 31/10/2015); artículo 26.2 del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud Ley 55/2003, de 16 de diciembre (BOE 17/12/2003); artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (BOE 03/08/1984)

<sup>20</sup> Véase ECLI:ES:TS:2011:6354 de 19 de septiembre de 2011.

<sup>21</sup> Véase ECLI:ES:TSJCAT:2015:873 de 3 de marzo de 2015.

<sup>22</sup> Véase ECLI:ES:TS:2010:1793 de 10 de marzo de 2010, que reúsa anular la ECLI:ES:TSJCAT:2008:1 de 30 de enero de 2008.

<sup>23</sup> Véase ECLI:ES:TS:2021:55 de 18 de enero de 2021.

especialmente relevante por parte del solicitante que deba excepcionar el relevo de un servidor público por otro de nueva entrada una vez alcanzada por aquel la edad que la ley ha establecido como de jubilación ordinaria. Esta discrecionalidad, aunque no sea arbitraria sino razonada, no evita que exista un reiterado sentimiento de agravio, puesto que como ya se ha señalado la prolongación del servicio tiene en la mayoría de los casos efectos económicos positivos. En consecuencia, debemos constatar que la posibilidad existente de solicitar la prolongación en el servicio hasta los setenta años no es una alternativa válida a la generalización de una edad forzosa de jubilación más avanzada, que defendíamos en el párrafo anterior.

## 5. INCOMPATIBILIDAD DE LA JUBILACIÓN CON OTRA REMUNERACIÓN PÚBLICA

El artículo 213 LGSS establece los supuestos en los que un trabajador jubilado podrá desempeñar alguna actividad, partiendo de un principio lógico: si jubilarse es, técnicamente, dejar de trabajar una vez alcanzada determinada edad, con carácter general debe predicarse que lo normal es que el pensionista de jubilación no trabaje. Sin embargo, la realidad es que con el transcurso del tiempo se han establecido diversos supuestos de compatibilidad. Unas veces la compatibilidad es total, como la que se concede a los sanitarios o a los profesores eméritos, en otros casos la compatibilidad es parcial, tal como se regula en los artículos 213.1, 214 i 215 LGSS.

Uno de tales supuestos de incompatibilidad es el que determina la total y radical incompatibilidad entre la pensión de jubilación y un puesto de trabajo en el sector público según se formula en el art. 215.2 LGSS y más radicalmente<sup>24</sup> en el art. 33.1 de la Ley de Clases Pasivas. Existen razones para haber establecido tales incompatibilidades, tantas como razones para eliminarlas; se trata de una opción del legislador que puede respetarse, aun cuando comporte efectos secundarios indeseados para el sector público, que bien podrían minorarse: en las universidades públicas hemos visto reiteradamente como excelentes profesores asociados debían cesar su colaboración con la universidad a partir del momento en que se jubilan en su actividad principal, y no se entiende fácilmente el motivo por el que un magistrado o un inspector de hacienda por poner unos ejemplos que podían legalmente compatibilizar dos retribuciones públicas, no pueden compatibilizar dos retribuciones a partir de la jubilación de la actividad principal; tampoco si quien se jubila no era un funcionario público sino un abogado en ejercicio. Independientemente de la sorpresa de que tales profesores asociados pasan a colaborar sin problemas con una universidad privada, lo cual no beneficia de ninguna forma ni a la seguridad social pública ni a las universidades públicas, lo que nos interesa comentar ahora es la incoherencia que representa que tales incompatibilidades se formulen en relación con trabajos que comporten su inclusión en cualquier régimen de la Seguridad Social, o a sensu contrario son compatibles con cualquier actividad siempre que no conlleve su encuadramiento en la Seguridad Social.

Sabido es que, por razones históricas, subsisten una docena de mutualidades alternativas<sup>25</sup> que permiten a profesionales de distintos colegios profesionales afiliarse a

<sup>24</sup> El segundo y el tercer párrafo del artículo 33.1 de la Ley de Clases Pasivas establece con tal rotundidad la incompatibilidad de percepciones para los jubilados en clases pasivas que resulta prácticamente imposible pagar los gastos de transporte y dietas a un conferenciante jubilado.

<sup>25</sup> Alter Mutua (abogad@s); Hermandad Nacional Arquitectos Superiores (HNA) que absorbió la Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos Españoles; Previsión Mutua Aparejadores y Arquitectos Técnicos (PREMAAT); Mutualidad de los Procuradores de los Tribunales; Mutualidad de la Ingeniería (AMIC), que recientemente se ha transformado en Avanza Previsión, coaligándose con la Mutualidad de la Abogacía; Mutual Médica; Mutua de

dichas mutualidades en lugar de hacerlo en el RETA, y ello comporta, entre otros detalles, que no se les aplican incompatibilidades como las que comentamos, de forma que quien cotizaría a la seguridad social pública no puede complementar su pensión con un trabajo adicional, que sí puede ejercer quien únicamente cotiza a una mutualidad privada. Es difícilmente creíble el mensaje de universalidad subjetiva, caja única y solidaridad si la élite de los profesionales puede descolgarse del encuadramiento obligatorio a la Seguridad Social, y ello les comporta diversas ventajas, entre ellas la de poder compatibilizar sin ninguna cortapisa su pensión de jubilación como funcionario, como autónomo, o como asalariado, con la actividad profesional a pleno rendimiento. Es comprensible que cualquier gobierno vea muy difícil revertir esta situación tanto por el apoyo que en el *sottogoverno* tienen estos colegios de abogados, ingenieros, médicos, etc. como por la dificultad de controlar eficazmente la actividad de los profesionales libres, pero en este caso una vez más probablemente se percibiría como más equitativo que la compatibilidad entre percibir una pensión de jubilación y realizar un trabajo complementario fuera libre para todos y no únicamente para la élite profesional. Libre no quiere decir sin límite alguno, porque posiblemente debiera en cualquier caso existir como límite cuantitativo que el trabajo compatible no supere el importe de la pensión a la que complementa, porque si el trabajo compatible superase el importe de la pensión de jubilación no nos hallaríamos propiamente ante un jubilado que complementa su pensión, sino ante el caso contrario de un profesional que sigue ejerciendo y que ha conseguido redondear sus ingresos con una pensión; y quien dice el límite cuantitativo del mismo importe de la pensión que se dice complementar, puede decirse de una fracción de éste. Asimismo, aunque sepamos que no existe una relación directa y proporcional en el mercado de trabajo entre el número de salidas por jubilación y las entradas por nueva contratación, es claro que alguna pérdida de oportunidades debe producirse si un número relevante de jubilados sigue trabajando, por lo que ello legitimaría la existencia de una cuota de solidaridad, que bien podría modularse por la cuantía de los ingresos percibidos o por la duración del trabajo compatible.

## 6. CONSOLIDACIÓN DE LA SEPARACIÓN DE FUENTES Y DEL EQUILIBRIO FINANCIERO

Uno de los aciertos de las recomendaciones del Pacto de Toledo es que contempla tanto las reformas que deben realizarse en las prestaciones que el sistema garantiza a los ciudadanos, como las contribuciones que deben recaudarse, porque un debate sin presencia equilibrada de derechos y deberes deviene voluntarista. Por supuesto, puede cuestionarse el modelo adoptado de separación de fuentes y la exigencia de equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, que no se exigen a otras funciones de Estado; pero una vez adoptado el modelo, debe exigirse a los poderes públicos ser coherentes con el mismo.

Una de las cosas que recuerdo de mi maestro MRA es un recurso argumental que utilizaba a veces para evaluar una institución jurídica: “si llegase un marciano a nuestro país que nada supiera de nuestros dimes y diretes, ¿qué pensaría de esto?” Si a este *marciano* le explicamos que el mayor empresario que hay en España el Estado no cotiza para las pensiones de la mayoría de sus empleados, los funcionarios, ¿resulta comprensible el modelo? Si para explicarlo, le decimos que ha optado por autoasegurar las pensiones de sus empleados a cambio de liberarse de las obligaciones contributivas, mientras persigue con toda clase de sanciones a quienes públicos o privados intenten hacer lo mismo, sólo

conseguiremos aumentar la sorpresa, que es lo que les sucede a nuestros alumnos cuando les explicamos el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado. Y es que cuando el Estado mantiene su importante exención de cotizaciones, todas las referencias a la caja única y a la separación de fuentes son reenviadas a la alacena de los ideales. Todos conocemos que el régimen de Clases Pasivas ha iniciado un largo, larguísimo, proceso de extinción progresiva<sup>26</sup> en pro del Régimen General, un proceso que se halla limitado por los largos plazos y por la pervivencia del mutualismo administrativo; y que es muy distinto al que se realizó en 1993<sup>27</sup> de rápida integración de los funcionarios locales en el Régimen General; mientras tal integración no se complete se halla claramente debilitada la credibilidad del Estado en sus llamamientos a la separación de fuentes y la caja única de la Seguridad Social.

## 7. EXTRA: LA NO COTIZACIÓN POR DESEMPLEO

Tras hablar de cotizaciones, y ya fuera de tema, porque no se trata de pensiones de jubilación, ni de las cotizaciones que deben financiarlas, cedo a la tentación de dedicar unas líneas a otra incongruencia: uno de los aspectos menos conocidos de la actividad financiera del Estado en relación con la Seguridad Social es el hecho de que el Estado no cotiza por desempleo por ninguno de sus funcionarios de carrera. Cuando los no especialistas en la materia conocen que los funcionarios del INSS no cotizan por desempleo, la sorpresa es notable. Por una parte, la inmensa mayoría de quienes están encuadrados en el Régimen General tienen derecho a una prestación económica cuando se hallen en la contingencia de desempleo, y tienen estas personas -y los empresarios para las que trabajan- que cotizar expresamente por esta contingencia, y la recaudación se efectúa conjuntamente con el total de las cuotas que deben pagarse como cotización a la Seguridad Social; sin embargo, los funcionarios que se hallan encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social se hallan divididos en dos grupos respecto a la protección y cotización por desempleo: en uno de ellos, los funcionarios con una relación de servicio de carácter temporal se hallan protegidos al igual que los trabajadores por cuenta ajena y cotizan expresamente por tal contingencia<sup>28</sup>, y en otro grupo se hallan los funcionarios de carrera encuadrados en el Régimen General no se hallan protegidos por la contingencia de desempleo ni satisfacen la cotización establecida por este mismo concepto. Ambas exclusiones no se formulan frontalmente sino que hay que deducirlas *sensu contrario* de las normas que describen el ámbito subjetivo de los protegidos y los obligados a cotizar por desempleo; así, el artículo 264.1 LGSS establece que “Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia [...] d) Los funcionarios interinos, el personal eventual, así como el personal contratado en su momento en régimen de derecho administrativo al servicio de las administraciones públicas”<sup>29</sup>. En la LGSS se realiza, pues una definición circular: partiendo del principio general de que la protección por desempleo es una contingencia protegida en el Régimen General, se exceptiona la protección a quienes no coticen por ello, y se incluye únicamente como cotizantes por desempleo a los trabajadores por cuenta ajena y a los interinos, contratados y eventuales; y como los

<sup>26</sup> Art. 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre (BOE 3/12/2010), que posteriormente devino la Disposición adicional tercera LGSS. Ténganse en cuenta las disposiciones transitorias cuarta y quinta, así como la disposición final primera del Real Decreto citado.

<sup>27</sup> Real Decreto 480/1993, de 2 de abril (BOE 3/04/1993) habilitado por las disposiciones transitorias tercera de las dos anteriores leyes de Presupuestos Generales del Estado.

<sup>28</sup> Artículo 31.2.a.5º) de la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo (BOE 31/03/2022).

<sup>29</sup> Inicialmente, la aplicación de la LSS a tales funcionarios interinos y eventuales se reglamentó, respectivamente, mediante la Orden de 28 de abril de 1967 (BOE de 13-may-1967), y Orden de 3 de septiembre de 1973 (BOE de 25-sep-1973); modificadas en cuanto a la protección por desempleo por el Real Decreto 1167/1983, de 27 de abril (BOE de 9-may-1983), y Orden de 26 de marzo de 1984 (BOE de 26-mar-1984).

funcionarios de carrera no son trabajadores por cuenta ajena ni contratados administrativos temporales quedan excluidos de todo lo relativo al desempleo.

En cuanto al régimen especial de Clases Pasivas del Estado, simplemente ignora que exista algo como la protección por desempleo, a pesar del llamamiento constitucional expreso [41 CE]. En el artículo 18 de la Ley de Clases Pasivas del Estado<sup>30</sup>, dedicado a enumerar las prestaciones de Clases Pasivas, no existe mención alguna a la protección por desempleo, así como tampoco existe previsión alguna por tal concepto en toda la normativa del mutualismo administrativo<sup>31</sup>. No hay que buscar muchos tecnicismos: el Estado que sería quien debería pagar la mayor parte de las cotizaciones por la contingencia por desempleo, es quien controla el BOE y quien ha procurado excluirse a sí mismo de tales pagos. No es excusa tampoco ningún convenio internacional<sup>32</sup> al respecto.

No existen razones que hagan innecesaria la protección por desempleo, en base a que técnicamente un funcionario goza de estabilidad, que recordemos no implica ni inamovilidad ni inmunidad, porque un funcionario puede perder su empleo por sanción, por pérdida de la aptitud para el servicio, por anularse un nombramiento por infracciones legales del proceso selectivo, y obviamente por motivos disciplinarios. Pero aunque no fuera así, la estabilidad en el empleo no sería un argumento válido para que los funcionarios del Estado no coticen por desempleo, porque la seguridad social es un sistema de solidaridad en el que los sanos pagan a los enfermos, los fuertes a los frágiles, los empleados a los que se hallan en paro y los jóvenes pagan las pensiones a los ancianos; ni las parejas que no pueden tener hijos dejan de financiar las prestaciones por riesgo durante el embarazo, ni los funcionarios con estabilidad en el empleo deberían dejar de financiar la protección por desempleo, porque es una gran tentación imaginar la de políticas activas de empleo que podrían haberse llevado a cabo si el Estado hubiese cotizado durante docenas y docenas de años por los centenares de miles de funcionarios que no han contribuido por esta contingencia.

## 8. CONCLUSIÓN

Los mensajes que se dirigen a la ciudadanía para ser creíbles deben ser coherentes, y en estas líneas se han recordado diversos ejemplos de incoherencia entre lo que se predica desde el poder político y lo que se realiza efectivamente en su círculo más inmediato: respecto a la edad de jubilación y las jubilaciones anticipadas, las compatibilidades de la jubilación con otras actividades, la cotización a la caja única de la Seguridad Social, en especial para el supuesto de desempleo; y se ha propugnado que el Estado predique con el ejemplo y que trate a todos los ciudadanos de forma semejante a lo que ha dispuesto para quienes se hallan cerca del poder.

<sup>30</sup> RDLg 670/1987, de 30 de abril (BOE 27/05/1987).

<sup>31</sup> Así, el artículo 12 de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, 4/2000, de 23 de junio (BOE 28/06/2000) que detalla las prestaciones, enumera las siguientes: a) Asistencia sanitaria; b) Subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural; c) Prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez; d) Prestaciones para la remuneración de la persona encargada de la asistencia del gran inválido; e) Indemnizaciones por lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él; f) Servicios sociales; g) Asistencia social; h) Prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido; y i) Ayudas económicas en los casos de parto múltiple.

<sup>32</sup> El art. 2.2.c) del Convenio OIT número 44, de 1934, ratificado por España en 1971 (BOE 18/05/1972) prevé como excepción, no como norma que quienes ocupen un empleo estable dependiente del gobierno puedan quedar fuera de la protección por desempleo, debiendo comunicarlo expresamente en las memorias anuales que presenten los Estados relativas a la aplicación del citado convenio.

**EL HOMBRE ANTE EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD  
Y SU SUCESOR POR BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES  
CONTRIBUTIVAS**

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

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

Universidad de Murcia

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ACCESO AL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD EN SIMILARES CONDICIONES QUE LA MUJER
3. EL COMPLEJO, TORTUOSO Y QUIZÁS DISCRIMINATORIO ACCESO DEL HOMBRE AL COMPLEMENTO POR BRECHA DE GÉNERO
4. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA



## 1. INTRODUCCIÓN

El actual texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS) incluyó en su art. 60<sup>1</sup> un complemento para las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente causadas en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social, denominado por maternidad, dirigido solamente a las mujeres que hubieren tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, en consideración a su aportación demográfica a la Seguridad Social<sup>2</sup>. La exclusión de los hombres en el acceso a este complemento pronto sería discutida y objeto de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por auto del de 26 de febrero de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia, que sería declarada inadmisibile “*en la medida en que la duda de constitucionalidad alegada no resulta mínimamente fundamentada*”, en auto del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 61/2018, de 5 de junio<sup>3</sup>. Por su parte, el Juzgado de lo Social de Gerona cuestionó ese artículo 60 de la LGSS, pero por otra vía, planteando ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?»

A lo que el TJUE, en sentencia de 12 de diciembre de 2019, respondió en el sentido de que la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, se opone a una norma nacional, como la española, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión. En definitiva, el TJUE consideró que la normativa española vulnera la directiva europea al conceder un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo constituye una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7<sup>4</sup>.

Se podría esperar que a partir de este fallo se eliminaran las trabas para los hombres, pero no fue así, el Instituto Nacional de la Seguridad Social siguió obligando a los hombres

<sup>1</sup> Con efectos 1 de enero de 2016. El precepto procedía del art. 51 bis del texto refundido de la LGSS de 1994, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que había sido incluido en el mismo por la disposición final 2.1 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para el año 2016.

<sup>2</sup> En similares términos se recogió en la Disposición Adicional Decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

<sup>3</sup> De cierto interés es la idea que apunta el penúltimo párrafo (antes del fallo) del auto “... sin efectuar por sí mismo ningún análisis de la grave censura de inconstitucionalidad que así se expresa, en particular sin atender a las diversas justificaciones (de orden biológico y socio-laboral) de la diferencia de trato aducidas por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social”.

<sup>4</sup> Véase un análisis de urgencia en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento de maternidad en las

acudir a la vía judicial para obtener una sentencia estimatoria a su reconocimiento, entendiendo que había que esperar a la oportuna modificación legislativa del art. 60 LGSS<sup>5</sup>.

Y así llegamos al RD-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptaron medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y Económico, cuyo art. 1 uno da una nueva redacción al art. 60 LGSS que ahora pasará a denominarse “*Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género*”, admitiendo la posibilidad de que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento siempre que se cumplan determinados requisitos<sup>6</sup>.

Lo que aquí se va a analizar o comentar tiene un alcance muy limitado y se centrará en analizar la viabilidad de acceso de los hombres al “viejo” complemento de maternidad (que no ha desaparecido) y al nuevo complemento de brecha de género. Y finalmente, se harán algunas consideraciones finales sobre el régimen jurídico de este complemento y si el nuevo marco normativo salva o no la prohibición de una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

---

pensiones no debe ser solo para las mujeres (a propósito del al STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social”, editorial Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum, n.º 22, 2020, págs. 13-24.

<sup>5</sup> Criterio de gestión 1/2020, 27 de enero de 2020, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, que dispuso lo siguiente:

“1. *El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha*

2. *Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres, y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.”.*

Este criterio se mantuvo hasta finales del año 2021 cuando fue sustituido por otro Criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre.

<sup>6</sup> El art. 2 uno del RD-ley 33/2021 modifica también la Disposición adicional decimoctava de texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, en similares términos.

Además, debe de tenerse en cuenta:

-Art. 1 dos que añade una nueva DA 36.<sup>a</sup> a la LGSS relativa a la financiación del complemento, que será vía aportación del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social.

-Art. 1 tres que añade una nueva DA 37.<sup>a</sup> a la LGSS sobre el alcance temporal del complemento de brecha de género.

-Art. 1 cuatro que añade una nueva DT. 33.<sup>a</sup> a la LGSS sobre mantenimiento transitorio del complemento de maternidad.

-Art. 2 dos, que añade una nueva DT. 14.<sup>a</sup> al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, sobre mantenimiento transitorio del complemento de maternidad.

Un análisis general del complemento de brecha de género puede verse en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. “Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum: 31 (2022): 13-30.*

Puede verse también:

Comisiones Obreras: “Estudio del nuevo complemento de pensiones contributivas para reducir la brecha de género (art. 60 LGSS), regulado en el RD-ley 3/2021, como resultado del proceso de debate y negociación en el ámbito del Diálogo Social de 3-4-2021”, colección informes, accesible en [www.ccoo.es](http://www.ccoo.es).

Ministerio De Inclusión, Seguridad Social Y Migraciones: El impacto del complemento para la reducción de la brecha de género (2021-2022), accesible en [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)

## 2. EL ACCESO HOMBRE AL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD EN SIMILARES CONDICIONES QUE LA MUJER

Si partimos del contenido del art. 60 –en anterior redacción- y la DT 33.<sup>a</sup> ambos de LGSS. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a los hombres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarios en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación (no anticipada por voluntad del interesado o jubilación parcial<sup>7</sup>), viudedad o incapacidad permanente.

El complemento consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

Y computando solamente los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente<sup>8</sup>.

La viabilidad aceptada (por imposición de la doctrina fijada por el TJUE) del reconocimiento a los hombres del complemento por maternidad, de su mantenimiento transitorio para situaciones anteriores, de su incompatibilidad con el nuevo complemento de brecha de género, de la posibilidad de que un segundo progenitor solicite ahora el complemento por maternidad al amparo de la normativa antigua cuando el otro progenitor ya lo tiene reconocido por los mismos hijos, etcétera, son aspectos que ya están planteando nuevas controversias. A ellas –no a todas- se intentará dar respuesta:

---

<sup>7</sup> No obstante, el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

<sup>8</sup> Y como indicaba dicho artículo 60 LGSS versión anterior al RD-ley 3/2021:

A) Pensión única.

Si la cuantía de la pensión reconocida inicialmente:

a) Supera el límite establecido en el artículo 57 LGSS sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.

b) Si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

c) En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

d) En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 59 LGSS. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.

B) Concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social.

Se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia: 1.º A la pensión que resulte más favorable; 2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación.

En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite establecido en el artículo 57 LGSS sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.

¿Cuántos complementos en razón de una misma aportación demográfica de hijos cabe reconocer? O bien ¿tiene *este un carácter unitario*?

Si acudimos al art. 60. 1, 3 y 5 de la LGSS ( en versión anterior a la reforma) podremos ver lo siguiente<sup>9</sup>:

*“1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social ...*

...

*3. En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones.... A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada ...”.*

...

*5. En el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones ...*

Parece que podríamos concluir su carácter unitario, lo que determinaría que sólo pueda reconocerse a uno de ellos, por lo que, en aquellos casos de que ya hubiere sido ejercido por uno de los progenitores, el segundo no tendrá derecho. Y si ya lo estuviere percibiendo la mujer –en principio- el hombre no lo vería reconocido y viceversa.

Aceptando tal carácter unitario, ello va a implicar que:

- Si los hijos no son comunes, no debería de haber ningún inconveniente en que hombre y mujer lo causen por separado, cada uno por los propios.
- Aún, siendo comunes, cabe causarlos por los progenitores por distintos hijos.
- Y que se pueda causar por cada progenitor complemento por maternidad y complemento de brecha de género por distintos hijos.

### **3. EL COMPLEJO, TORTUOSO Y QUIZÁS DISCRIMINATORIO ACCESO DEL HOMBRE AL COMPLEMENTO POR BRECHA DE GÉNERO.**

El art. 60.1 párrafo segundo de LGSS establece que para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento por brecha de género deberán concurrir alguno de los siguientes requisitos:

---

Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas alcanza el límite establecido en el artículo 57 LGSS aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos antes indicados, estimando como cuantía inicial de la suma de las pensiones concurrentes el importe del límite máximo vigente en cada momento.

C) Régimen jurídico en relación con las vicisitudes de la pensión

El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización.

<sup>9</sup> En similares términos estaba redactada la DA. 18.<sup>a</sup> del Texto Refundido de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 abril.

- a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

En realidad, más que causar (en el sentido de sujeto causante y beneficiario), tendría que haberse indicado ser sujeto beneficiario de una pensión de viudedad.

La precisión de tener hijos en común con la causante de la pensión supone:

- Que se podrá ser beneficiario de una pensión de viudedad, sin complemento por brecha de género si no hay hijos en común, aunque se tuvieren propios. Con independencia de que esos hijos hayan afectado a tu carrera profesional y de seguro.
- Por otro lado, aunque se hubieran tenido, si no son beneficiarios de la pensión de orfandad de la madre: por ejemplo, si al momento de hecho causante ya son mayores de la edad reglamentaria de acceso o permanencia y no están incapacitados o bien incurso en causa de imposibilidad de acceso a la pensión, tampoco podrá beneficiarse del complemento haya o no visto afectada su carrera profesional o de seguro.

Adviértase que si la beneficiaria fuera mujer estas limitaciones no le afectarían

- b) Si se ha causado (aquí si es correcta la expresión) pensión de jubilación o incapacidad permanente contributiva, se podrá obtener el complemento siempre que la carrera “profesional” se haya visto interrumpida o afectada con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

Primera. Hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994

Es necesario tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

Segunda. Hijos nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995

En este caso se exige que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

Tercera. Progenitores ambos hombres.

Se parte de que se tienen que dar las condiciones anteriores en ambos y se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Cuarta. Momento a tomar en consideración en los límites cuantitativos

El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.

Del examen de los requisitos exigidos a los hombres y su comparación con respecto a los requeridos para las mujeres, cabría hacer las siguientes consideraciones:

- a) A la mujer se le reconoce sin ninguna condición, se da por hecho que cada hijo ha tenido incidencia por la brecha de género en la pensión contributiva a percibir.

Lo cual, además de poder ser o no cierto, es bastante discutible que la brecha de género haya afectado a la cuantía de la pensión de viudedad que tiene un causante distinto de la mujer beneficiaria.

- b) Más absurda y probablemente discriminatoria es la interpretación que el INSS hace cuando se es beneficiario de la pensión de viudedad y se pide el complemento, pues si es mujer procede a computar los hijos de la mujer con independencia de la filiación y si es hombre tendrán que ser hijos comunes con la causante (que si fuere causante el hombre tampoco sería de aplicación y tendríamos que estar a la regla general de hombres causantes y beneficiarios<sup>10</sup>).
- c) El complemento para los hombres exige que haya un vacío de cotización, pero no se dice nada más y por tanto podríamos plantearnos múltiples interrogantes, por ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivo:
- ¿Se está refiriendo a los vacíos de cotización a causa del disfrute de períodos de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos?
  - ¿Comprende la interrupción de la cotización tras la extinción de la relación laboral o finalización de la prestación por desempleo?<sup>11</sup>
  - ¿Quedarían comprendidos vacíos de cotización en régimen de pluriactividad?
  - ¿Y en períodos alternos en diferentes regímenes del sistema o bien en uno de la Seguridad Social y en el Régimen de Clases Pasivas?<sup>12</sup>
    - La norma dice que se haya visto “afectada la carrera profesional” pero eso concretamente implica:
    - ¿Qué es suficiente con que no haya cotización?
    - pudiendo esta consistir en una falta de alta por no poder acceder a un puesto de trabajo en el período indicado<sup>13</sup>.

Cuando se dice en el art. 60. 1. b, 2.<sup>a</sup> LGSS que una de las formas de comprobar que el hombre ha visto afectada su carrera profesional es que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por cientos, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores ¿Qué ocurre si la pensión se causa antes de esos 24 meses? ¿Se va entonces a entender que es la edad y no el nacimiento/adopción la causante de la interrupción de la carrera profesional (caso de una pensión de jubilación) o la incapacidad para el trabajo en el caso de una incapacidad permanente?

- E) Por otro lado, partiendo de lo que se considera como brecha de género, a tenor de la Disposición adicional trigésima séptima LGSS:

<sup>10</sup> Criterio de gestión 32/2021, de 23 de noviembre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

<sup>11</sup> Ver arts. 60.1.b) 2 y 236 LGSS.

<sup>12</sup> Ver Criterio de gestión 21/2021, de 13 de agosto, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

<sup>13</sup> Véase Criterio de gestión 11/2021, de 4 de mayo, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

“Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

1. El derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, previsto en el artículo 60 se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento.
2. *A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres.*

...”.

Cabría preguntarse si en las pensiones de incapacidad permanente hay o no brecha de género. La DA 37.<sup>a</sup> de la LGSS, anotada solo lo contempla para las pensiones de jubilación, pero no para las de incapacidad permanente. Baste recordar que en aquellas –en situación de alta o asimilada- procedente de riesgos profesionales o accidente común no es necesario haber cotizado un solo día ¿dónde está aquí la incidencia en la carrera profesional? Por otro lado, si al hombre se le va a exigir esos condicionantes de haber interrumpido la carrera de seguro antes/después del nacimiento del hijo, puede ocurrir que haya supuestos en los que habiendo tenido un hijo en común y causado una pensión de incapacidad permanente no pueda acceder a ese complemento por no tener esos vacíos en la cotización.

- F) Tampoco se explica esas dos fechas de referencia, hijos nacidos o adoptados antes o después de 1 de enero de 2015 y la razón para ser más “duros” para los hijos tenido o adoptados hasta el día 31-12-2014 a los que se exige días sin cotización (por tanto, lagunas) y a los nacidos a partir del día 1-1-2015 en cuyo caso basta con una incidencia en las bases de cotización. A no ser que se nos esté queriendo decir que la TGSS no tiene datos ciertos sobre las bases de cotización anteriores a 2015 y por eso se prefiere, sin más, exigir vacíos totales en la cotización.
- G) Otro detalle a tener en cuenta es que la pensión (o pensiones) del hombre a reconocer tienen que ser inferior a la de la mujer.
- H) Y finalmente tampoco se explica la razón de que si los progenitores son dos hombres se mantengan esos requisitos para ambos, acreditar que la carrera profesional se ha visto afectada en los términos antes indicados y si fueran dos progenitores mujeres no sea preciso.

#### 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La primera consideración que cabría hacer es ¿qué es lo que realmente se quiere proteger o compensar? Si lo que se quiere es compensar la denominada brecha de género, habrá que estar a lo que por tal se considera. Así la DA. 37.<sup>a</sup> LGSS señala lo siguiente: “*A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres*”, lo primero que se puede concluir es que poco sentido tiene reconocer tal complemento

a las pensiones de viudedad e incapacidad permanente. Recuérdese que la pensión de viudedad se calcula sobre la cotización del causante que en este caso (lo más común) será un hombre y que, si es cierto que en general presenta cotizaciones superiores a la mujer, la cuantía de la pensión de viudedad será normalmente superior a la que pudiera obtener un hombre respecto de la mujer ¿dónde está la brecha de género? En el caso de una incapacidad permanente ya se ha indicado que puede, por los requisitos exigidos y forma de cálculo, no quepa apreciarse tal brecha de género.

La segunda consideración es quizás más delicada, pero hay que señalarla. A la mujer no se le exige acreditación alguna de haber visto afectada su carrera de seguro y al hombre sí. Se dirá que eso obvio, que la mujer se habrá dedicado al cuidado del nacido o adoptado, y probablemente mayoritariamente haya sido así. Pero entonces habrá que preguntarse si lo que se quiere es mantener este estatus (el de mujer cuidado de hijo) y si eso favorece o no la corresponsabilidad en los cuidados de los hijos por parte del hombre.

La tercera consideración partiendo de presumir que alguno de los progenitores haya visto afectada su carrera profesional por el nacimiento o adopción de un hijo, es si habrá también que presumirlo de un hombre que decide adoptar el solo un hijo (fuera de matrimonio o pareja) ¿no? O ¿seguimos discriminando a las familias unipersonales cuyo progenitor sea hombre?

La tercera consideración es que también resultan discriminados los matrimonios o parejas homosexuales (formadas por dos hombres) ya que ellos tienen que acreditar los requisitos que a un matrimonio o pareja entre mujeres no se les exige.

La cuarta consideración va referida a las dudas que puede plantear la exigencia de tales requisitos a los hombres solamente. No es difícil adivinar que más temprano que tarde los tribunales tendrán que pronunciarse sobre si *Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por brecha de género, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y solamente se concede a los hombres si reúnen determinados requisitos y siempre que su pensión sea inferior a la de la mujer?»*

Convendría mirar nuevamente a la citada STJUE y reflexionar sobre lo que allí se dice:

- La procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres.
- La procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional. Por tanto, desde el punto de vista biológico, las disposiciones del artículo 60, apartado



1, de la LGSS podrían justificarse en la medida en que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad.

Pero si la procreación o adopción la lleva a cabo un hombre y por tanto se encuentra en situación idéntica se le exigen distintos requisitos, no es descabellado concluir que una norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

Por tanto, si pensamos que la clave o el objeto del complemento es tener en cuenta la aportación demográfica o el efecto negativo que pueda tener en la carrera profesional de una persona y el objetivo perseguido consiste en garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales, lo mismo es predicable de los hombres<sup>14</sup>. Y reconocer a las mujeres, en cualquier caso, sin ningún condicionante y a los hombres que se encuentre en la misma situación unos requisitos no solamente de acreditar haber sido afectada la carrera profesional, si no –en el caso de que la pensión de viudedad a completar– que los hijos tienen que ser comunes y además beneficiarios de pensión de orfandad, podría considerarse como discriminatorio.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

COMISIONES OBRERAS: “Estudio del nuevo complemento de pensiones contributivas para reducir la brecha de género (art. 60 LGSS), regulado en el RD-ley 3/2021, como resultado del proceso de debate y negociación en el ámbito del Diálogo Social de 3-4-2021”, colección informes, accesible en [www.ccoo.es](http://www.ccoo.es).

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: El impacto del complemento para la reducción de la brecha de género (2021-2022), accesible en [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)

MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento de maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (a propósito del al STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social”, editorial Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum, n.º 22, 2020, págs. 13-24.

MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA: “Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum: 31 (2022): 13-30.*

<sup>14</sup> La brecha de género no obedece a un solo factor, pero este es el más relevante o al menos el que mejor se objetiva, en este sentido:

-Recomendación Decimoséptima del Pacto de Toledo:

*“La Comisión entiende que el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en tanto en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores periodos de interrupción por cuidados de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres”.*

-Véase Informe sobre la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones (2016/2061 (INI)), 12 de mayo de 2017, Texto A8-0197/2017 (accesible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0197\\_ES](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0197_ES)).

# **LA ELASTICIDAD DE LAS NUEVAS SITUACIONES PROTEGIDAS POR EL COMPLEMENTO DE BRECHA PRESTACIONAL**

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

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

Universidad Pablo de Olavide

## **SUMARIO:**

- 1. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS RAZONES DE SU INTRODUCCIÓN EN 2016**
- 2. LA MUJER COMO PRINCIPAL BENEFICIARIA, INCLUSO TRAS EL RDL 3/2021**
- 3. EL ACCESO (EXCEPCIONAL) DE LOS HOMBRES DESPUÉS DEL RDL 3/2021**
- 4. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN EN ATENCIÓN A LOS REQUISITOS EXIGIDOS RESPECTO DE LAS HIJAS Y DE LOS HIJOS**
- 5. CONCLUSIONES: NUEVAS SITUACIONES, NUEVAS INCERTIDUMBRES**

## 1. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS RAZONES DE SU INTRODUCCIÓN EN 2016

La protección que dispensa la Seguridad Social debe responder a la realidad social existente en cada contexto histórico, aunque las partidas presupuestarias disponibles condicionan en muchas ocasiones la atención de las necesidades sociales, especialmente en las nuevas situaciones protegidas, como lo es el complemento de brecha prestacional, que engloba el complemento por maternidad y el complemento para la reducción de la brecha de género de las prestaciones contributivas, al que se dedica el presente capítulo. Por ello, el cuadro de prestaciones del Sistema Español de Seguridad Social ha experimentado, como resultado de la atención de nuevas necesidades sociales y de su fortalecimiento, constantes ampliaciones desde que se sentaron sus bases con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre. Un fortalecimiento que el Prof. González Ortega, como máximo experto en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ha conocido de primera mano a lo largo de su trayectoria académica, habiendo realizado valiosas aportaciones, que nos servirán siempre de referencia.

Sin lugar a dudas, el punto de inflexión más relevante se produce con el reconocimiento de la Seguridad Social como un principio rector de las intervenciones públicas en la CE de 1978, que impone el mantenimiento de un sistema que garantice “prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad” (artículo 41 CE). Al mismo tiempo que introduce, en lo que interesa destacar respecto del complemento de brecha prestacional, la no discriminación por razón de sexo o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, entre otros factores de diferenciación (artículo 14 CE), como derecho fundamental con gran impacto en el Derecho del Trabajo en España.

A partir de lo que se produce, en lo que aquí interesa destacar respecto del complemento de brecha prestacional: 1) la corrección judicial de las normas internas de muchas empresas que favorecían la ruptura del contrato de trabajo de las mujeres por contraer matrimonio, con el fin de favorecer el mantenimiento de su empleo (STC de 28 de noviembre de 1994, RTC 317/1994), 2) la eliminación de todas aquellas normas que limitaban la participación de la mujer en determinadas ocupaciones, consideradas especialmente penosas, peligrosas o insalubres, lo que venía a restringir las posibilidades de ocupación efectiva de las mujeres en determinadas profesiones (STC de 14 de diciembre de 1992, RTC 229/1992), 3) la supresión de todas aquellas normas, disposiciones o prácticas que perpetuaban estereotipos sociales contrarios al empleo femenino, como lo es claramente la atribución a la mujer, en exclusiva, del rol de cuidadora de las hijas, de los hijos y de otros familiares.

A toda esta etapa de corrección jurídica, le acompañaron la adopción de intervenciones públicas que promovían el empleo femenino, con el fin de favorecer la presencia equilibrada de las mujeres en el empleo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la CE, que promueve la igualdad de oportunidades. Todo lo que se impulsa especialmente a partir de la acción positiva como forma de intervención pública para corregir estas diferencias con el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en adelante LOI, que precisamente se refiere a su introducción “con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad” a través de “medidas específicas” destinadas a “corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”. Estas medidas, según se recoge al final del artículo 11 de la LOI, deben ser “razonables y proporcionadas” y deben “subsistir” hasta que persistan estas diferencias.

El complemento de brecha prestacional, precisamente como medida de acción positiva destinada a equiparar las prestaciones de la Seguridad Social de las mujeres a la de los hombres mientras subsistan tales diferencias, se introduce mediante la disposición final 2ª de la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, incorporando el artículo 50 bis a la LGSS, que reguló el complemento por maternidad, actual artículo 60 de la LGSS. Su finalidad es corregir la patente diferencia en la cuantía de las prestaciones que perciben generalmente las mujeres frente a los hombres, lo que es resultado directo de la negativa repercusión que todas las medidas restrictivas del empleo femenino habían tenido en la carrera laboral de las mujeres, que se había visto truncada incluso totalmente, por las dificultades de retornar al mercado de trabajo tras la etapa de los cuidados familiares. Y de los estereotipos sociales que le asignaban el rol de cuidadora de sus hijas y de sus hijos y de otros familiares allegados. Pero también como resultado del otro gran problema asociado a la participación laboral de las mujeres que es la brecha salarial<sup>1</sup>.

Su introducción era necesaria, en atención a lo dispuesto en las Directivas Europeas en materia de igualdad que tanto impacto habían tenido en la corrección de la discriminación por razón de sexo y de género en el empleo femenino<sup>2</sup>, a la que el legislador español sí había venido combatiendo frecuentemente con distintas medidas en el terreno del Derecho del Trabajo. Pero era previsible que la primera regulación del complemento por maternidad fuera declarada, como sucedió, contraria a la no discriminación. Tan solo era necesario revisar los pronunciamientos del TJUE, que tanto impacto habían tenido en materia de igualdad laboral, para conocer la posición de la Sala a este respecto, así como para prever lo que sucedió posteriormente.

Pues la primera regulación creaba un complemento por maternidad en las prestaciones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente, exclusivo para las mujeres “por su aportación demográfica a la Seguridad Social”, consistente en un incremento de la cuantía en función del número de hijas/hijos a partir del segundo para las pensiones causadas desde el 1 de enero de 2016. Mientras que los pronunciamientos europeos rechazaban la exclusión incondicionada de los hombres de estas medidas de acción positiva. Como ejemplo, la STJCE de 19 de marzo de 2002 (C-476/99) *Lommers*, concluyó, en relación con los servicios de guardería de una empresa que se limitaban solo a las mujeres, que esta reserva, entendida “en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles”, resulta adecuada, siempre que se permita el acceso a los hombres “que asumen solos la guarda de sus hijos”<sup>3</sup>. Por lo que, como era esperable, la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18)

<sup>1</sup> Sobre las relaciones entre brecha salarial y brecha prestacional, Cruz Villalón, J.: “El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* 28/2021, p. 38; Rodríguez Cardo, I.A.: “La inusitada vitalidad del complemento por maternidad: causas de la notable litigiosidad y posibles consecuencias en fase de ultraactividad”, *Trabajo y Derecho* 87/2022, p. 2.

<sup>2</sup> De hecho, el artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, permite establecer diferencias relativas a la protección de las mujeres en razón de su maternidad. Y, en la misma dirección, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, dispone la posibilidad de que los Estados miembros establezcan medidas de acción positiva con el fin de garantizar “la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral” en su artículo 3. Al mismo tiempo que contiene interesantes previsiones respecto de la brecha prestacional, prohibiendo como regla general niveles diferentes para las prestaciones de hombres y mujeres, o niveles diferentes para las cotizaciones con cargo al empresario, con la excepción de que existan respectivamente factores actuariales diferentes según el sexo, o se trate de “igualar” o “aproximar” la cuantía de las “prestaciones de pensión para ambos sexos” (artículos 9.h, 9.j y 9.i Directiva 2006/54/CE)

<sup>3</sup> Más ampliamente, Ramos Quintana, M.I.: “Reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas: la reconstrucción de una frustrada acción positiva en el extinto complemento por maternidad”, *Trabajo y Derecho* 77/2021, p. 5-6.

*WA/Instituto Nacional de la Seguridad Social*, en una cuestión prejudicial planteada precisamente sobre el complemento por maternidad por un órgano judicial español, concluyó que una normativa “que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres (...), mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión”, es contraria al Derecho de la Unión Europea, concretamente a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978.

Más difícil de prever era la litigiosidad suscitada tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) *WA/Instituto Nacional de la Seguridad Social*, que motivó la reforma del artículo 60 de la LGSS, efectuada mediante el RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, con el fin de proceder a la adecuación de la normativa española a la europea.

El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, que realiza esta adecuación sin eliminar el complemento por maternidad, que se mantiene para las situaciones generadas, nace con el objetivo de “corregir una situación de injusticia estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidados de los hijos) que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora”, según se extrae de su Exposición de Motivos. Su regulación ha suscitado numerosas dudas interpretativas, que afectan a la extensión al otro progenitor, así como al acceso en el caso de hijos o hijas no nacidos, que serán analizadas en este capítulo, por cuanto la nueva regulación, que ampara nuevas situaciones protegidas ha generado también nuevas incertidumbres en cuanto a las situaciones protegidas, que precisarán seguramente su corrección jurídica y/o judicial. Pero también estas dudas, aunque no se analicen en este trabajo, se han proyectado a las prestaciones que dan acceso<sup>4</sup>, a la posibilidad de que ambos progenitores la causen<sup>5</sup>, a los efectos que tendría la reducción de la pensión a la que va asociada y a la posibilidad de vincularla a otra prestación con el fin de evitar la minoración de su importe<sup>6</sup>, así como a la retroactividad<sup>7</sup>. Todo lo que ha motivado que el INSS haya dictado múltiples Criterios

<sup>4</sup> En ambas versiones, se hacía referencia al acceso en caso de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, sin que pudiera accederse en el caso de la jubilación parcial (artículos 60.1 y 60.4 en la versión anterior y posterior al RDL 3/2021). No obstante, la versión anterior al RDL 3/2021 también limitaba el acceso en el caso de la jubilación anticipada por voluntad del interesado (artículo 60.4 LGSS antes del RDL 3/2021), lo que la STC de 16 de octubre de 2018 (RTC 114/2018), en relación con la versión anterior al RDL 3/2021 consideró conforme a Derecho, planteándose dudas si se relaciona con otras prestaciones como la incapacidad permanente, Hernández Vitoria, M.J.: “Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 249/2022, BIB 2022\222, p. 5. Tras el RDL 3/2021, únicamente se limita a la jubilación parcial. En este sentido, diversos pronunciamientos han reconocido el acceso para quienes se jubilan anticipadamente tras el RDL 3/2021, STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2021 (rec. supl. n.º 4447/2020) y de 21 de marzo de 2022 (n.º recurso: 7383/2021). Por otro lado, se ha cuestionado su reconocimiento cuando se vincula a la viudedad, pese a lo previsto en la regulación, Gala Durán, C.: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, *Temas Laborales* 158/2021, p. 130.

<sup>5</sup> El Criterio de Gestión del INSS n.º 12/2022, de 28 de marzo de 2022, resolvió que el complemento solo puede causarse por uno de los progenitores, respecto de las hijas o los hijos que son comunes. Pero que podría originarse en relación con otras hijas o con otros hijos que no sean comunes, siempre que se cumplan los requisitos para ello.

<sup>6</sup> El Criterio de Gestión del INSS n.º 17/2021 resolvió que, cuando existe concurrencia entre varias pensiones, es posible vincularlo a las otras prestaciones previstas en el artículo 60.1 de la LGSS (incapacidad permanente o viudedad) que se perciben en concurrencia con la jubilación compatible con el trabajo, aplicando para ello el artículo 60.5 de la LGSS. Pues, como ya determinara el Criterio de Gestión del INSS n.º 15/2021, de 17 de mayo de 2021, si suspende o minorra la jubilación, como consecuencia de la aplicación de las reglas de la compatibilidad con el trabajo, se reduce en la misma proporción el complemento.

<sup>7</sup> Se ha entendido recientemente que debe reconocerse de forma retroactiva a la fecha de acceso a la pensión a la que complementa, STSJ de Navarra de 22 de julio de 2021 (rec. supl. n.º 240/2021), casada por la STS de 30 de mayo de 2022 (rec. cas. unif. doc. n.º 3192/2021), Instrucción n.º 5/2022, de 7 de junio de 2022, de la Dirección

de Gestión, que avalan la necesidad de ofrecer más seguridad y certidumbre al marco normativo, especialmente si se tiene en cuenta que la regulación permite interpretaciones muy dispares, en atención a la flexibilidad o a la rigidez de cómo se interpreten los criterios normativos, lo que puede comprobarse por los dispares pronunciamientos judiciales. De ahí que este trabajo reflexione en las siguientes páginas sobre la elasticidad de las situaciones protegidas por el complemento de brecha prestacional.

## **2. LA MUJER COMO PRINCIPAL BENEFICIARIA, INCLUSO TRAS EL RDL 3/2021**

Como se ha indicado antes, el origen del complemento de brecha prestacional era el incremento de las prestaciones de contributivas de las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social, manteniéndose en la actualidad esta misma orientación, como reflejo de la presunción introducida por el legislador sobre el impacto negativo de la responsabilidad familiar en la carrera laboral de la mujer, que haya sido madre o que haya adoptado, ha ejercido la patria potestad. Sin atender a la mujer que asumió el cuidado de otros familiares (madres/padres, tías/tíos, hermanas/hermanos), lo que también ha sido una tarea realizada por muchas mujeres<sup>8</sup>. Tampoco se ha atendido a la mujer con carácter general, pese a que las medidas restrictivas del empleo femenino y los estereotipos sociales, han afectado a todo el grupo social de las mujeres, como se ha indicado antes, aunque posiblemente hayan tenido un impacto negativo mayor en las que ejercieron la patria potestad.

Así se extrae del artículo 60 de la LGSS, cuando se dispone que tendrán acceso a este complemento las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas, “debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres”. A este respecto, sorprende que se haya limitado a las prestaciones contributivas cuando precisamente la asunción de estas tareas de responsabilidad familiar y la brecha prestacional, a las que quiere atender el legislador, seguramente sea mayor en las prestaciones no contributivas<sup>9</sup>.

También sorprende las restricciones en el acceso y en el mantenimiento, puesto que el complemento de brecha prestacional únicamente puede causarse por uno de los progenitores, lo que provoca el análisis en el hogar familiar, con independencia de la cuantía de la prestación, que puede ser muy alta o muy baja en ambos progenitores. De hecho, el artículo 60 de la LGSS precisa que se mantendrá este complemento mientras que no medie una solicitud del otro progenitor, precisando el Criterio de Gestión del INSS nº 12/2022, de 28 de marzo de 2022, que el otro progenitor podrá acceder, incluso cuando el otro progenitor viniera causándolo, cuando cumpliera los requisitos que dan acceso a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad. Pero será preciso, en este caso, aplicar los criterios para que solo uno de los dos progenitores la cause.

---

del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social. Por lo que se supera la tesis de que surte efectos económicos desde los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, STS de 17 de febrero de 2022 (rec. cas. unif. doc. nº 3379/2021).

<sup>8</sup> Subraya el efecto positivo que la introducción del cuidado familiar en un sentido más amplio, sin limitarse a los hijos, tendría en la reducción de la brecha de género, Cruz Villalón, J.: “El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo”, ob. cit., p. 42.

<sup>9</sup> Martínez Barroso, M.M.: “Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)”, *Revista Aranzadi Unión Europea* 6/2020, BIB 2020\12152, p. 5.

Así, en el caso de que concurren dos mujeres, “se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía”. Lo que amplía, respecto de la versión anterior al RDL 3/2021, la protección hacia la tutela del progenitor, sin que se comprueben las razones concurrentes para ello, siempre que la carrera de seguro sea menos intensa. La misma regla será de aplicación cuando el otro progenitor sea un hombre, aunque en este caso será preciso tener en cuenta los requisitos exigidos a los hombres, que serán analizados en el siguiente apartado.

### **3. EL ACCESO (EXCEPCIONAL) DE LOS HOMBRES DESPUÉS DEL RDL 3/2021**

Como se ha indicado antes, la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) *WA/Instituto Nacional de la Seguridad Social*, consideró contraria a la normativa de la UE la regulación del complemento por maternidad, lo que motivó la reforma del artículo 60 de la LGSS mediante el RDL 3/2021, que regula actualmente el complemento para la reducción de la brecha de género.

Así el RDL 3/2021 regula el excepcional acceso de los hombres, pero también permite que pueda causarla otra mujer distinta a la madre biológica, haciendo alusión al otro progenitor. Todo lo que al final podría incluso derivar en que se plantease una modificación adicional de la regulación, que resultaría más coherente con el sentido del RDL 3/2021, para reconocer el acceso de quienes tienen, en un mismo hogar familiar y por hijos que son comunes, menos prestación, con independencia de si el beneficiario es mujer o es hombre. Como este paso la regulación aún no lo ha dado, se ha decidido mantener, en el presente capítulo, el mismo esquema del artículo 60 de la LGSS, que diferencia entre mujeres y hombres, reflexionando posteriormente sobre las reglas aplicables en caso de concurrencia.

Realizada esta puntualización, es preciso continuar con el análisis del artículo 60 de la LGSS, con el fin de estudiar los requisitos de acceso en el caso de los hombres, que posiblemente únicamente deban exigírseles a quienes lo causaran en aplicación del RDL 3/2021. Como ha reconocido la SJS de San Sebastián de 1 de marzo de 2022, que considera inaplicable los requisitos del actual artículo 60 de la LGSS a quienes pudieron causarlo desde 2016 hasta la entrada en vigor del RDL 3/2021, reconociéndolo a favor del hombre, pese a que la regulación solo lo reconociera a las mujeres, basándose en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) *WA/Instituto Nacional de la Seguridad Social*, que consideró contrario al Derecho de la Unión Europea la regulación de 2016.

A estos efectos, el actual artículo 60 de la LGSS distingue, respecto de los hombres, entre el tipo de prestación asociada al complemento para reducir la brecha de género. Por un lado, en el caso de que se vincule con la pensión de viudedad originada como consecuencia del fallecimiento del otro progenitor con el que se ha tenido algún descendiente en común, el acceso se condiciona a que alguno de ellos tenga derecho a percibir la orfandad (artículo 60.1, párrafo 2, a, de la LGSS), lo que la doctrina considera acertadamente cuestionable<sup>10</sup>. Por otro lado, cuando esté asociado a la pensión contributiva de jubilación o de incapacidad permanente, el hombre solo podrá acceder

<sup>10</sup> Cruz Villalón, J.: “El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo”, op. cit., p. 43; Gala Durán, C.: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, op. cit., p. 134.

en el caso de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer (artículo 60.1, párrafo 2, b, 1ª y 2ª de la LGSS), considerándose para ello “el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma” (artículo 60.1, párrafo 2, b, 4ª de la LGSS). Además, deberá acreditar “haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción”, para lo que se disponen una serie de reglas distintas relacionadas con la fecha en la que el descendiente nació o fue adoptado<sup>11</sup>, sin que las razones para este trato distinto, que la regulación no justifica, sean claras.

Todo lo que no se exige en el caso de que el otro progenitor sea mujer, y por tanto sean dos mujeres las que concurren en el acceso al complemento por reducción de la brecha de género, como antes se ha indicado (artículo 60.1, párrafo 1 de la LGSS). Pero se exigirá incluso cuando el otro progenitor fuera hombre, y por tanto sean dos hombres los que concurren (artículo 60.1, párrafo 2, b, 3ª de la LGSS).

Estas restricciones, pero también la realidad social de la que trae causa que es la peor participación laboral de las mujeres y su incidencia negativa en la carrera de seguros, explicarían que sean las principales beneficiarias<sup>12</sup>. Si bien es cierto que parece existir, según ha puesto incluso de manifiesto la STS de Galicia de febrero de 2022 (rec. nº 3601/2021) en una cuestión prejudicial planteada al TJUE, una frecuente denegación por parte del INSS de las solicitudes presentadas por hombres.

En todo caso, el régimen jurídico es manifiestamente mejorable, porque ambos progenitores, con independencia de si son mujeres u hombres, pueden haber sufrido un impacto negativo en sus carreras profesionales. Por lo que sería preciso valorar una configuración más neutra del complemento de brecha prestacional, si la regulación jurídica quiere seguir optando por reconocerla solo a uno de los progenitores o de los adoptantes, que permitiera el acceso a uno de ellos, con independencia de si son mujeres u hombres. De tal manera que la actual regla de desempate neutra, consistente en el reconocimiento a favor de quien tenga reconocida la pensión de menor cuantía, permita causar el complemento a quien ha tenido la peor carrera de seguro, presumiendo que ha sido en quien ha repercutido más negativamente la atención familiar, sin exigir en consecuencia requisitos adicionales a los hombres.

---

<sup>11</sup> Artículo 60.1, párrafo 2, b, 1ª, LGSS: “En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer”. Artículo 60.1, párrafo 2, b, 2ª LGSS: “En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer”.

<sup>12</sup> De los 190.383 complementos de brecha prestacional reconocidos, el 94% corresponden a mujeres y el 6% a hombres, según el Informe de Impacto del Gobierno de España, publicado el 8 de marzo de 2022, <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2022/080322-complemento-brecha-genero.aspx>.



#### 4. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN EN ATENCIÓN A LOS REQUISITOS EXIGIDOS RESPECTO DE LAS HIJAS Y DE LOS HIJOS

Desde la regulación inicial de 2016, el complemento de brecha prestacional ha exigido que el beneficiario haya ejercido como madre/padre natural/adoptivo, sin referirse a los supuestos de guarda con fines de adopción o de acogimiento de menores; condicionando el RDL 3/2021 su acceso al comportamiento responsable con el núcleo familiar<sup>13</sup>. También se han establecido otros criterios distintos en relación con las hijas y con los hijos, que han sufrido alguna modificación legal o interpretativa, ampliando las situaciones inicialmente protegidas, lo que se analizará en los siguientes apartados, con la finalidad de incidir, como ha sucedido en los anteriores, en la elasticidad de las situaciones protegidas.

##### 4.1. La lógica extensión a hogares con un solo hija/hijo en la reforma del RDL 3/2021 y su modulación según el número de hija/hijo (comunes o no comunes)

En la regulación inicial, el complemento de brecha prestacional nacía a partir del segundo de las hijas o de los hijos, incrementándose la cuantía en función del número, según la siguiente escala: 5% (dos hijas/hijos), 10% (3 hijas/hijos) y 15% (4 o más hijas/hijos). Sin considerar otras circunstancias moduladoras (discapacidad, enfermedad crónica), que se han empleado en otras acciones positivas de idéntica naturaleza, por la mayor dedicación al cuidado familiar que presumiblemente suponen.

En contraste, el RDL 3/2021 realizó una importante modificación del artículo 60 de la LGSS, permitiendo el acceso al complemento por brecha de género a partir de la primera hija o del primer hijo, aunque mantuvo el cuestionable tope del incremento en la cuantía al cuarto hijo<sup>14</sup>, que responde más bien a razones vinculadas al control del gasto, que a la atención de las necesidades sociales. También modificó la forma en la que se determina, para vincularla a la cuantía que fije la LGPE anualmente (artículo 60.3, párrafo 2, de la LGSS).

En todo caso, la posibilidad de causarlo por hijas o por hijos únicos supone una extensión importante de esta protección social, aunque el hogar familiar mayoritariamente protegido esté compuesto en la actualidad por dos o tres hijas/hijos<sup>15</sup>. Pero es preciso interpretarla igualmente en el marco de otras limitaciones, entre las que ya se ha mencionado que cada hijo o hija solo dará derecho al reconocimiento de un complemento de brecha prestacional (artículo 60.3, párrafo 3.a, de la LGSS). De ahí que resulte fundamental el Criterio de

<sup>13</sup> Así el complemento no podrá causarse en las siguientes circunstancias: 1) privación de la patria potestad (artículo 60.3, párrafo 3.b, de la LGSS), 2) condena por “violencia contra la mujer”, en el caso del hombre, lo que no precisa la norma si es por la mujer con la que ha tenido las hijas o los hijos por los que solicita el acceso al complemento, por lo que cabría interpretar que por violencia contra cualquier mujer, 3) condena, en el caso tanto de la mujer como del hombre, por ejercer la violencia contra las hijas o los hijos (artículo 60.3, párrafo 3.c, de la LGSS). Por otro lado, en el caso de que concurren padres biológicos y padres adoptantes, debe tenerse en cuenta que el Criterio de Gestión del INSS nº 1/2018, de 1 de febrero de 2018, excluye, a los efectos del acceso, a los hijos naturales que pasaron a ser adoptivos, con el fin de que lo cause en exclusiva el adoptante, cuando la regulación con buen criterio dispensa el mismo tratamiento a hijos naturales y adoptivos, pudiendo producirse la adopción en fechas muy posteriores al alumbramiento, lo que permitiría justificar otra regulación distinta.

<sup>14</sup> Gala Durán, C.: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, op. cit., p. 127.

<sup>15</sup> Así se deduce del Informe de Impacto del Gobierno de España a 8/3/2022, donde se refleja que existen 40.891 pensiones con complemento de brecha por una/un hija/o, mientras que más del doble (89.777) corresponden a pensiones por dos hijas/hijos; una cifra similar (38.142) a pensiones por tres hijas/hijos y el resto (21.173) corresponde a pensiones por cuatro o más hijas/hijos. El citado Informe se encuentra disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2022/080322-complemento-brecha-genero.aspx>

Gestión del INSS nº 12/2022, de 28 de marzo de 2022, que considera compatible la anterior regla con la posibilidad de acceder por hijos no comunes de quien los causa. Lo acredita nuevamente que la interpretación jurídica permite corregir las restricciones de la regulación, aportando elasticidad a las nuevas situaciones protegidas en la norma.

#### **4.2. La ampliación hacia la gestación, aunque no implique cuidado familiar, a través de la interpretación judicial**

Tanto la regulación aplicable en 2016 como la reforma efectuada mediante el RDL 3/2021 aluden a que el complemento de brecha prestacional se causa por hijos/hijos naturales y/o adoptivos. No obstante, el artículo 60.3, párrafo 3, a, de la LGSS precisa, en contraposición con la anterior regulación y con el fin frustrado de limitar su acceso si se atiende a los pronunciamientos judiciales, que “hubieran nacido con vida”.

Más allá de los problemas derivados de la concurrencia de dos reglas distintas para la adquisición de la personalidad, que pueden resolverse aplicando el criterio de la LGSS antes referido<sup>16</sup>, surge la duda jurídica de si cabría su reconocimiento en caso de fallecimiento de la hija o del hijo antes de nacer. Diversos TSJ han entendido que el complemento de brecha prestacional debe reconocerse a las madres, lo que debe extenderse al otro progenitor, con al menos 180 días de gestación, como se considera para el subsidio por maternidad en caso de alumbramiento de una criatura abortiva, por el estado avanzado de la gestación (artículo 8.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)<sup>17</sup>. En el mismo sentido, otros Tribunales han rechazado la regla de exigir que se encuentre con vida tras el desprendimiento del seno materno<sup>18</sup>.

Las razones para extender esta protección más allá del embarazo llegado a buen término son variadas, encontrando su fundamento en la posición de inferioridad de las mujeres no solo tras el nacimiento de los hijos o de las hijas, sino también durante las fases avanzadas de la gestación. De hecho, su reconocimiento solo en caso de hijas/hijos vivas/vivos ha suscitado acertadamente las críticas de la doctrina<sup>19</sup>. Por lo que nuevamente nos encontramos con otra posible ampliación de las situaciones protegidas, en virtud de la elasticidad que aportan la interpretación doctrinal y judicial, sin perjuicio de las restrictivas reglas dispuestas por la norma.

---

<sup>16</sup> Como se sabe, la regla aplicable para que opere la filiación que dará derecho al complemento de brecha prestacional, según el artículo 30 del Código Civil, tras la Ley 20/2011, de 21 de julio, es que “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Si bien es preciso tener en cuenta que la regulación aplicable a las hijas y a los hijos de las madres y de los padres que solicitan en la actualidad el complemento por brecha de género, que nacieron en consecuencia antes de la reforma operada por la Ley 20/2011 en el artículo 30 del Código Civil, es que “que tuviere figura humana” y “que viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

<sup>17</sup> TSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 7 diciembre de 2018 (rec. supl. núm. 2819/2018), STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) de 2 de julio de 2021 (rec. supl. nº 444/2021), STSJ País Vasco (Sala de lo Social) de 20 julio de 2021 (rec. supl. nº 641/2021), STSJ Cantabria (Sala de lo Social) de 4 de junio de 2021 (rec. supl. nº 356/2021). No obstante, existen algunos pronunciamientos en contra, STSJ de Islas Canarias (Sala de lo Social) de 11 septiembre de 2019 (rec. supl. nº 1311/2018).

<sup>18</sup> STSJ de Aragón de 20 de marzo de 2019 (rec. supl. nº 116/2019) rechazaba la regla de exigir el transcurso de las 24 horas con vida tras el desprendimiento del seno materno y la SJS de Barcelona de septiembre de 2021 rechazaba la regla de exigir el desprendimiento del seno materno con vida.

<sup>19</sup> Martínez Barroso, M.M.: “Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social”, op. cit., p. 12; Paredes Rodríguez, J.M.: “Derecho a la prestación económica de complemento por maternidad en caso de feto nacido muerto. Comentario de la Sentencia del TSJ de Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 2 de julio de 2021”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 247/2021, BIB 2021/5258, p. 9.

## **5. CONCLUSIONES: NUEVAS SITUACIONES, NUEVAS INCERTIDUMBRES**

El complemento de brecha prestacional ha ampliado el cuadro de las situaciones protegidas por el Sistema Español de Seguridad Social, lo que acredita su constante evolución y fortalecimiento hacia la protección de la realidad social de cada momento.

Su regulación, que trató en un origen de compensar la negativa repercusión que el cuidado de las hijas y de los hijos había tenido para las mujeres en la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social, ha originado unas complejas normas de aplicación, que han sido fuertemente combatidas en los Tribunales, generando nuevas incertidumbres.

Las razones de esta conflictividad, junto al beneficio de su reconocimiento para quienes la causen, tienen fundamentalmente como origen que la regulación jurídica siempre ha tratado de evitar la sobrecarga de la Seguridad Social. Por lo que todas las situaciones previstas (antes y después de la reforma de 2021) son necesarias, pero muchas otras, en este intento de evitar sobrecargas a la Seguridad Social, han tratado de excluirse.

Como la ampliación de las situaciones protegidas, a las que se ha dedicado en exclusiva el presente capítulo, se ha realizado en esta clave de restricción económica, la regulación inicial, que fue considerada discriminatoria para los hombres por el TJUE, dio paso a otra regulación, que ha quedado desdibujada en sus objetivos y en su formulación. Lo que ha generado múltiples interpretaciones jurídicas, que amplían (o proponen la ampliación) de las situaciones protegidas en la norma, acreditando la elasticidad de su configuración actual, frente a los intentos de contención del legislador.

En el presente capítulo, se ha incidido especialmente en cuatro cuestiones, que permitirían ampliar aún más las situaciones protegidas, intensificando esta elasticidad. Primero, si bien la diferencia en el acceso entre mujeres y hombres, que no entre progenitores por decisión del legislador, puede entenderse en clave de presunción de que la mujer suele asumir los cuidados familiares, que el hombre debe acreditar por su menor dedicación en la realidad social a la que atiende el complemento de brecha prestacional, lo que resulta coherente con la doctrina del TJUE. Poco comprensible resultan algunos de los requisitos exigidos a los hombres (orfandad de las hijas y de los hijos/diferentes reglas en las pensiones de jubilación e incapacidad en atención la fecha de nacimiento o adopción). Segundo, se asocia a prestaciones contributivas, cuando seguramente el impacto adverso en la vida laboral sea mayor en el caso de las no contributivas. Tercero, se compara las pensiones en el mismo núcleo de convivencia, con el fin de decidir cuál de los dos progenitores la causa, cuando se trataría más bien de disponer criterios que permitieran equiparar las pensiones de quienes han resultado más afectados en sus cotizaciones por el cuidado familiar, pertenezcan o no al mismo núcleo de convivencia. Cuarto, se atiende al cuidado de las hijas y de los hijos, aunque debería protegerse el cuidado familiar en un sentido más amplio, por lo que debiera tenerse en cuenta otros factores para el incremento de la cuantía (enfermedad/discapacidad) y el cuidado de otros familiares, aunque se exigiera prueba. Junto a ello, resulta inexcusable atender a la propia gestación, especialmente en fases avanzadas, pues ya ahí todos los estereotipos sociales ponían y ponen en riesgo la participación laboral de las mujeres. E inclusive debiera unirse a las otras causas que también mermaron la participación laboral de las mujeres, aunque se exija prueba (ruptura del contrato por contraer matrimonio, sector o trabajo feminizado, limitaciones acreditadas en el acceso a profesiones masculinizadas).

**EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA  
CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS  
PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD
3. LA PROPORCIONALIDAD DE LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL: ALGUNAS MANIFESTACIONES EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
4. CONSIDERACIÓN FINAL

## 1. INTRODUCCIÓN

“De una forma bastante consolidada, se suele hacer referencia al conjunto de las prestaciones de garantía de una vida digna (es decir, las políticas sociales de cuidado) y de las prestaciones de garantía de recursos (esto es, las políticas sociales de tutela económica) con la expresión genérica, de límites un tanto difusos, como es la Protección Social...”. En estos términos perfilan la Protección Social el Profesor González Ortega y la Profesora Barcelón Cobedo en las consideraciones preliminares de su Manual de Introducción al Derecho de la Seguridad Social, que ya cuenta con quince ediciones.

Y, aunque el objetivo pretendido (y, por cierto, bien alcanzado) por estos dos autores, al hacer referencia a las finalidades de la Protección Social de garantizar una vida digna y de asegurar la subsistencia económica a los ciudadanos, es el de clarificar su concepto y ubicarlo en el marco de las políticas sociales debido al uso indistinto, muchas veces confuso, de expresiones como “política social”, “protección social”, “servicios sociales”, etc.; lo cierto es que lo transcrito en el párrafo anterior sirve de excusa para hallar un punto de partida, entre otros muchos posibles, a los efectos de poner de manifiesto cómo la Protección Social ha sido una de las principales líneas de investigación del Profesor González Ortega que, sin duda, ha generado una excelente producción científica.

En efecto, atendiendo sólo a su más reciente labor como investigador principal, estando vinculado a la Universidad Pablo de Olavide, son cuantiosos los proyectos de investigación en materia de protección social en los que el Profesor González Ortega ha plasmado su capacidad investigadora y sus conocimientos en dicha materia, diseñando, desde un punto de vista metodológico y sistemático, y dirigiendo proyectos de investigación en los que se han analizado temas como la dependencia, la protección social y la articulación territorial, las enfermedades del trabajo, las prestaciones de viudedad y orfandad, las prestaciones económicas de garantía de recursos de subsistencia, etc. Sirva esta selección de temas para resaltar la sensibilidad, el esfuerzo, el empeño y la dedicación que el Profesor González Ortega ha mostrado a lo largo de su trayectoria profesional a cuestiones tan relevantes, para la realización de la justicia y equidad social, como complejas.

Los resultados de todos estos proyectos de investigación (y muchos más) han quedado plasmados por escrito, para siempre, en informes y/o monografías. Pero hay otro proyecto de investigación, igualmente dirigido por el Profesor González Ortega, que, en su último curso académico en activo, Curso 2021-2022, aún está en fase de investigación. Se trata del Proyecto Coordinado de I+D+I: “*El salario en el contexto de la globalización, las nuevas formas de organización empresarial y la economía digital*” (RTI2018-096674-B-C21) del Ministerio de Ciencias, Innovación y Universidades, que se ha escogido para enmarcar el tema que se aborda en estas páginas que rinden justo y merecido homenaje al investigador principal del grupo de investigadores de la Universidad Pablo de Olavide.

Como es de esperar, uno de los complejos temas a investigar en el marco del referido proyecto es la brecha retributiva de género que, a su vez, tiene impacto e incidencia en la brecha de género en prestaciones del sistema de Seguridad Social. De esta forma, al margen de que, en el marco del citado proyecto de investigación, la repercusión de la brecha retributiva en las prestaciones del sistema de Seguridad Social sea objeto de estudio en todas sus dimensiones, en estas páginas se pone el foco de atención en un aspecto concreto cual es el juego del principio de proporcionalidad de la contratación

a tiempo parcial y su incidencia en la configuración de las prestaciones de Seguridad Social.

Y es que, como es sabido, son muchas y variadas las causas que producen la brecha retributiva de género. Entre ellas, algunas permiten explicar, aunque no en todo caso justificar, la diferencia retributiva entre mujeres y hombres, debiendo incluirse en este grupo de causas aquéllas que son el resultado de diferentes tiempos y modos de desempeñar una actividad laboral o profesional; esto es, diferencias de los hombres y mujeres ante el mercado de trabajo. Así, entre ellas, interesa destacar el mayor número de trabajadoras que prestan sus servicios a tiempo parcial, en comparación con el trabajador de sexo masculino<sup>1</sup>. Precisamente, la contratación a tiempo parcial y el principio de proporcionalidad, en cuanto principio básico de la misma, tienen su incidencia e impacto en la configuración de las prestaciones de Seguridad Social tanto en el acceso a la protección como en la cuantificación de la misma. Con un impacto que se manifiesta de forma directa, a corto o medio plazo, y de forma indirecta.

En efecto, a nadie se le escapa que, en buena lógica, quien trabaja a tiempo parcial y, por ende, menos horas que un tiempo completo, perciba una menor retribución (lo que no quita que surjan conflictos sobre el cálculo de la cuantía de determinados complementos salariales para los trabajadores a tiempo parcial) y, en consecuencia, en virtud del principio de contributividad que rige el brazo contributivo del Sistema de Seguridad Social, cause unas prestaciones de inferior cuantía, ya sean prestaciones temporales, ya sean pensiones. Pero, junto a esta manifestación directa de la repercusión de la menor retribución en la menor cuantía de las prestaciones de Seguridad Social, también existen manifestaciones indirectas de la incidencia de la contratación a tiempo parcial en tales prestaciones. Estas manifestaciones indirectas, por cuanto no necesariamente derivadas del tipo de contratación, obedecen a las reglas de acceso y de cálculo de prestaciones que rigen para las personas trabajadoras a tiempo parcial, sobre las que se ha generado una enorme conflictividad judicial que dura ya décadas, que ha forzado al legislador a modificar la normativa de aplicación de una materia tan compleja como relevante puesto que lo que se cuestiona, como se ha anticipado, es el principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo.

Sobre ello versa la aportación de estas páginas al merecido homenaje al Profesor González Ortega, para lo que, tras una breve reflexión sobre el juicio de proporcionalidad, en cuanto elemento de análisis de la doctrina constitucional sobre los rasgos esenciales del derecho a la igualdad del art.14 de la CE, se analizan algunas manifestaciones de cómo juega y se concreta el principio de proporcionalidad, básico en la contratación a tiempo parcial, en la configuración de las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

---

<sup>1</sup> En España, según un Informe del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (2019), la temporalidad y la parcialidad forman parte de los principales problemas que impiden reducir la brecha salarial entre hombres y mujeres. Según el informe, “los datos, en el caso de parcialidad, son contundentes porque 3 de cada 4 asalariados a tiempo parcial son mujeres y 1 de cada 4 mujeres asalariadas tiene una jornada a tiempo parcial. Casi 6 de cada 10 trabajadoras a tiempo parcial lo hace de manera involuntaria y, mayoritariamente, señalan como causa de la parcialidad las obligaciones familiares y el cuidado de otras personas (menores, enfermos, personas con discapacidad o mayores)...”. Así, la tasa de parcialidad de las trabajadoras asalariadas es del 25,36% mientras que la tasa de parcialidad de los hombres asalariados es del 7,28% lo que hace que la brecha de género en la tasa de parcialidad sea 18,08 puntos, una cifra realmente alta.

## **2. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

El art. 14 de la CE que, de acuerdo con la doctrina del TC, tiene dos contenidos diferenciados, cuales son el derecho a la igualdad de trato y las prohibiciones de discriminación, tiene su plasmación específica en el ámbito de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras a tiempo parcial en al art. 12.4 d) del ET, según el cual éstas tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, si bien es cierto que, cuando corresponda, en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.

Por su parte, igualmente plasmación específica del referido art. 14 de la CE, ahora en materia de protección social derivada de los contratos a tiempo parcial, es el art. 245.1 de la LGSS, en virtud del cual tal protección se ha de regir por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo, si bien con las especificaciones que se contemplan en determinados preceptos de la LGSS, algunas de las cuales serán objeto de análisis en el siguiente apartado pues, precisamente, constituyen el origen de las controversias jurídicas surgidas en relación con la forma de concretar la proporcionalidad de la contratación a tiempo parcial y su incidencia en la configuración de algunas prestaciones del sistema de Seguridad Social.

De esta forma, ya sea reconociendo la igualdad de derechos entre personas trabajadoras a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, si bien con el juego del principio de proporcionalidad; ya sea reconociendo el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo en materia de protección social, complementado con la previsión de reglas específicas que, en gran parte, atienden a la proporcionalidad de la contratación a tiempo parcial, lo cierto es que ambos preceptos legales no son sino fiel reflejo, cada uno en su ámbito de actuación, del art. 14 de la CE y de los dos contenidos diferenciados que lo integran.

En efecto, estos dos contenidos, según doctrina constitucional, son, por un lado, el derecho a la igualdad en cuanto derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, de manera que los hechos iguales sean tratados de forma idéntica en sus consecuencias jurídicas, lo que admite la introducción de diferencias entre ellos siempre que exista una suficiente justificación de la diferencia, que sea fundada y razonable, sin que sus consecuencias resulten desproporcionadas. De manera que, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita es indispensable que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad, evitando resultados gravosos o desmedidos (entre otras, STC 253/2004, de 22 de diciembre, ECLI:ES:TC:2004:253; STC 61/2013, de 14 de marzo, ECLI:ES:TC:2013:61; STC 156/2014, de 25 de septiembre, ECLI:ES:TC:2014:156; y STC 91/2019, de 3 de julio, ECLI:ES:TC:2019:91).

Y, por el otro, la prohibición de discriminación por motivos varios, entre ellos, por razón de sexo, que representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigada y que han situado a sectores de la población (entre ellos, a la mujer) en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona (por todas, STC 145/1991, de 1 de julio, ECLI:ES:TC:1991:145). En tales casos, las prohibiciones de discriminación implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida por la CE, “de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el

legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad” (STC 200/2001, de 4 de octubre, ECLI:ES:TC:2001:200).

En la prohibición de discriminación se incluyen tanto la discriminación directa como la indirecta, de manera que en ésta, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 de la CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho (STC 253/2004, de 22 de diciembre). En la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística.

Sirva esta breve referencia a la doctrina constitucional sobre el art. 14 de la CE para poner de manifiesto cómo, ya sea desde el derecho a la igualdad, ya sea desde la prohibición de discriminación, en todo caso, la diferenciación que se introduzca entre supuestos iguales ha de superar un juicio de proporcionalidad; el cual es aún más exigente en el ámbito de las prohibiciones de discriminación. Y, sobre todo, porque esta doctrina constitucional es clave a los efectos de resolver los cuantiosos conflictos jurídicos surgidos en relación con el juego del principio de proporcionalidad de la contratación a tiempo parcial y su repercusión en la configuración de algunas prestaciones del sistema de Seguridad Social, en los términos que se analizan a continuación.

### **3. LA PROPORCIONALIDAD DE LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL: ALGUNAS MANIFESTACIONES EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

Conocida es la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema de Seguridad Social en atención a las circunstancias económicas y sociales, lo que responde a que el derecho de los ciudadanos en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal (STC 65/1987, de 21 de mayo, ECLI:ES:TC:1987:65, entre otras). Pero, como no podía ser de otra forma, tal libertad está sometida a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación, en cuya aplicación, ante un tratamiento diferenciado, adquiere relevancia la superación de un juicio de proporcionalidad, más o menos exigente. En este sentido, en el marco jurídico que se conforma con estas dos afirmaciones se ubican las controversias surgidas en la configuración de las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial.

En efecto, el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo en materia de protección social ha de observarse atendiendo a las especificaciones que se contemplan en determinados preceptos de la LGSS, diferenciándose, por un lado, la prestación por desempleo y, por el otro, las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de un menor. Y, precisamente, en la configuración y aplicación de algunas de estas especificaciones se ha cuestionado la lesión del principio de igualdad ante la ley, al diferenciarse entre el trabajo a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo completo, así como la discriminación indirecta por razón de sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Han



sido, pues, los pronunciamientos judiciales recaídos en la resolución de estas controversias los que han ido configurando algunas prestaciones del sistema de Seguridad Social, tanto en relación con los requisitos de acceso a la protección, como en lo referente a la cuantificación de la misma. En estos pronunciamientos judiciales la búsqueda de la una adecuada y razonable proporcionalidad, no desproporcionada, en conexión con el principio contributivo, se erige en criterio esencial para la resolución de muchos de los casos enjuiciados.

### 3.1. La incidencia de la parcialidad en la determinación del período de cotización: sucesiva revisión de criterios

Los criterios de cómputo de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a algunas prestaciones del sistema de Seguridad Social han sido revisados por el legislador en diversas ocasiones a raíz de pronunciamientos judiciales, sobre todo del TC y del TJUE, con la finalidad de hacer compatible el principio contributivo con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial.

Al respecto, en cuanto a la prestación por desempleo, la controversia ha girado en torno al art. 3.4 del Real Decreto, 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley de 2 de agosto de 1984 (RPD, en adelante), que fue modificado, por Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, para su adaptación al fallo de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:833). Según disponía dicho precepto, cuando las cotizaciones acreditadas correspondían a un trabajo a tiempo parcial, cada día trabajado se computaba como día un cotizado, cualquiera que hubiera sido la duración de la jornada. Se trataba de una regla específica de aplicación a la prestación por desempleo derivada del trabajo a tiempo parcial, con la que se superaba el perjuicio que, si no se aplicara, sufrirían los trabajadores a tiempo parcial horizontales<sup>2</sup>; pero que no atendía a la peculiaridad del trabajo a tiempo parcial vertical, lo que incidía en la determinación de la duración de la prestación por desempleo<sup>3</sup>.

De ahí que dicha previsión normativa se considerara contraria al Derecho de la Unión Europea en la referida STJUE de 9 de noviembre de 2017, pues la exclusión de los días no trabajados del cálculo de los días cotizados reducía el período de pago de la prestación por desempleo cuando está acreditada que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultaban perjudicadas por tal normativa. En la actualidad el referido art. 3.4 del RPD dispone que cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del art. 12 del ET, se computará *“el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o sólo parte de los mismos, y ello,*

<sup>2</sup> Algunos pronunciamientos judiciales en los que, a los efectos de resolver los conflictos planteados, se aplica esta regla específica de cómputo del período de ocupación cotizada cuando se han realizado trabajos a tiempo parcial son, entre otros, la STSJ de Galicia, de 5 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TSJGAL:2013:9044), la STJS de Madrid de 2 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TSJM:2015:14088) y STSJ de Castilla y León, de 1 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TSJCL:2018:341).

<sup>3</sup> Sobre el impacto desfavorable de esta norma para los supuestos de trabajo a tiempo parcial vertical pueden verse, entre otros, a Cabeza Pereiro, J.: “La carencia para el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial”. *Revista Doctrina Aranzadi Social*, número 20/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, p.2 versión online (BIB 2010/3245); a Roqueta Buij R.: “La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.174/2015 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015, versión online (BIB/2015/1043), p. 5; a Barcelón Cobedo, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el RDL 11/2013)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 136; y a Blázquez Agudo, E.M.: “La parcialidad como factor disfuncional de la protección por desempleo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.180/2015 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015, versión online (BIB 2015/16249), p. 8.

*cuquiera que haya sido la duración de la jornada*". De esta forma, el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta se configura como la regla de medida para calcular el cómputo de cotizaciones que correspondan a trabajos a tiempo parcial a los efectos de causar la prestación por desempleo, así como para calcular la duración de la misma.

Por su parte, las reglas relativas al cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a determinadas prestaciones, en concreto, la jubilación y la incapacidad permanente, han sido declaradas inconstitucionales por considerar el TC que la aplicación de un criterio estricto de proporcionalidad causaba resultados desproporcionados, contrarios al art. 14 de la CE. En este caso, la revisión de las reglas se ha llevado a cabo en dos fases, una primera forzada por la STC 253/2004, de 22 de diciembre, y otra segunda impulsada por la STC 61/2013, de 14 de marzo, seguidas y aplicadas, ambas, por otras sentencias del TC. Las dos sentencias se pronunciaron sobre los precedentes normativos del actual art. 247 de la LGSS, que regula, en relación con los contratos a tiempo parcial, unas reglas específicas a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de un menor.

En concreto, estos precedentes normativos disponían que para determinar los períodos de cotización se computarían exclusivamente las horas trabajadas, en aplicación del criterio de proporcionalidad estricta que conduce, en palabras de la STC 253/2004, de 22 de diciembre, *"a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia"*.

Posteriormente se revisaron los criterios de cómputo de tiempo de cotización, de manera que, aunque se mantuvo el criterio de proporcionalidad, que implica computar las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, se atenuó o moduló la aplicación de dicho criterio mediante la introducción de dos reglas correctoras: una, el día teórico de cotización, utilizado como base de cálculo, resultado de dividir el número de horas trabajadas entre cinco (equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales); y dos, para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos se le aplicaría un coeficiente multiplicador de 1,5, con lo que se facilitaba el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las dos referidas pensiones.

Sobre estas dos reglas moduladoras del principio de proporcionalidad y, de forma especial sobre la segunda, se pronunció la STC 61/2013, de 14 de marzo, que señaló que su virtualidad como elemento de corrección es limitada, sin que consiga evitar los efectos desproporcionados en términos de protección social. De manera que la aplicación del criterio de proporcionalidad seguía, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado. En esta sentencia el TC hizo mención a la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (ECLI:EU:C:2012:746), que consideró que las reglas referidas incurrieran en una discriminación indirecta por razón de sexo pues perjudicaban a un número mayor de mujeres que de hombres, sin que se tratase de una medida necesaria para salvaguardar el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo. Y es que se exige un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a prestaciones con cuantías proporcionalmente reducidas en función de la parcialidad de la jornada.

En definitiva, en estas dos sentencias el TC consideró que la determinación de los períodos de cotización, en aplicación de las pautas indicadas, vulneraba el art. 14 de la

CE desde una doble perspectiva: por un lado, por tratarse de una medida especialmente gravosa para trabajadores con amplios períodos de vida laboral en situación de parcialidad, sobre todo referente a las prestaciones que exigen períodos largos de carencia; y, por el otro, por generar una discriminación indirecta por razón de sexo.

### **3.2. La incidencia de la parcialidad en la determinación de la cuantía de algunas prestaciones**

Como se ha expuesto en el apartado anterior, se ha cuestionado la proporcionalidad en relación con la incidencia de la parcialidad en la determinación del período de cotización, en cuanto requisito de entrada al sistema de Seguridad Social, si bien partiendo de la legitimidad de aplicar la proporcionalidad a la determinación de las bases reguladoras. Pero también han surgido otras controversias relativas al cálculo de las cuantías de algunas prestaciones del sistema de Seguridad Social que igualmente han ido modificando las pautas de aplicación y configurando el régimen jurídico de dichas prestaciones. Al respecto, también resulta de interés diferenciar la prestación por desempleo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.

#### *3.2.1. Cuantificación de la prestación por desempleo*

Al determinar la proporcionalidad o, en su caso, el coeficiente de parcialidad de aplicación en los supuestos en los que la prestación por desempleo deriva de una previa (no necesariamente con carácter inmediato) contratación a tiempo parcial, ha surgido una intensa litigiosidad judicial. Habiéndose generado la controversia, resuelta en unificación de doctrina por el TS, al cuantificar la prestación por desempleo tanto en su nivel contributivo como en su nivel asistencial.

En efecto, en primer lugar, al calcular la cuantía de algunos subsidios por desempleo por la pérdida de un trabajo a tiempo parcial, ha surgido la controversia sobre cómo se establece la proporcionalidad que prevé el art. 278.1 de la LGSS, según el cual la cuantía del subsidio se percibe “*en proporción a las horas previamente trabajadas*”. En concreto, se planteaba la duda sobre si la proporción se hace equivaler a una correspondencia entre el quantum de la parcialidad laboral cuando se accedió a la protección por desempleo y el importe básico del subsidio. O si, por el contrario, se ha de atender a la parte proporcional de la suma tanto de las jornadas a tiempo completo como de la jornada de trabajo a tiempo parcial, habiendo sido ésta la interpretación por la que se ha decantado el TS, con los argumentos que exponen en la STS de 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003/2469)<sup>4</sup>.

De manera que se han de tener en cuenta todos los días trabajados, a tiempo completo y a tiempo parcial, surgiendo, ahora, otra duda, cual es elegir el período trabajado que sirva como referencia para el cálculo de la proporcionalidad a que el subsidio se sujeta. Pues bien, como también aclara el TS en la mencionada sentencia, la opción más adecuada es “*aquella que se identifica con la suma de cotizaciones que, como última vez, sirvieron para acceder al desempleo protegido y para medir la duración del subsidio*”.

En segundo lugar, la determinación del porcentaje de parcialidad aplicable a las cuantías máximas y mínimas de la prestación por desempleo también ha generado conflictividad judicial, habiéndose pronunciado la STS de 27 de diciembre de 2016 (RJ 2016/6328), a

---

<sup>4</sup> Esta sentencia ha sido seguida por la STS de 20 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2823) y por la STS de 8 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1758).

los efectos de interpretar la redacción actual del art. 270.3 de la LGSS5. Según dispone dicho precepto, en caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación se determinarán teniendo en cuenta el IPREM calculado “en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días (...) ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período”.

Según entiende el TS, en los casos de contrato a tiempo parcial o mixtos se ha de establecer un índice de parcialidad de los últimos 180 días trabajados para proyectarlos únicamente sobre el cálculo del IPREM aplicable y luego comprobar si se superan o no los topes previstos en la ley. No se ha de aplicar ese índice sobre la base reguladora pues ello implicaría una doble reducción. Sin que esta conclusión sea contraria a la cláusula 4 de la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, puesto que la actividad que se lleva a cabo durante un número de horas o de días inferior a un trabajador a tiempo completo hace que no resulte contrario al principio de igualdad de trato el establecimiento de tales topes legales para el percibo de las prestaciones, lo que implica que exista un techo o, en su caso, un suelo diferente, acorde precisamente con la actividad y en proporción a la misma.

### *3.2.2. Cuantificación de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente*

En relación con la incidencia de la proporcionalidad de la contratación a tiempo parcial en la determinación de las cuantías de estas dos prestaciones, se han diferenciado, por un lado, las reglas que determinan la base reguladora y, por el otro, las pautas aplicables para fijar el porcentaje de aplicación a la base reguladora de la pensión de jubilación y de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común. Sobre ambas cuestiones han tenido ocasión de pronunciarse el TC y el TJUE.

Así, sobre las reglas que determinan la base reguladora, a su vez, se distinguen dos cuestiones. Por un lado, el TC ha manifestado de forma reiterada que no vulnera el art. 14 de la CE desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de sexo la norma legal que, en virtud del principio de proporcionalidad, articula el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social y, en consecuencia, la fijación de su cuantía, en función de lo efectivamente cotizado, de manera que a los trabajadores que realizan jornadas a tiempo parcial les corresponde una prestación de cuantía inferior. Debido al menor esfuerzo contributivo en el caso de contratación a tiempo parcial, como consecuencia del inferior salario percibido, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones, que se calculan en función de las bases de cotización, determinen unas prestaciones más reducidas, en comparación con la contratación a tiempo completo [STC 253/2004, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TC:2004:253) y STC 110/2015, de 28 de mayo (ECLI:ES:TC:2015:110)].

Y, por el otro, tanto el TC como el TJUE se han pronunciado sobre el mecanismo de integración de los períodos sin obligación de cotizar, a efectos del cálculo de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial<sup>6</sup>. Según

<sup>5</sup> También se pronunció el TS para aclarar la redacción del art. 270.3 de la LGSS en su versión anterior a la reforma del año 2012, que disponía que, en caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, las cuantías máximas y mínimas se determinarán teniendo en cuenta el IPREM “en función de las horas trabajadas”, sin hacer ninguna otra precisión y sin indicar ningún período de referencia a tener en cuenta para proceder a realizar el referido cálculo y obtener, así, el coeficiente de proporcionalidad. Véanse la STS de 20 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2823) y la STS de 8 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1758).

<sup>6</sup> Pueden verse la STC 156/2014, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TC:2014:156) y la STC 110/2015, de 28 de mayo (ECLI:ES:TC:2015:110), así como la STJUE de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13 (ECLI:EU:C:215).

el TC, la integración de lagunas, que se lleva a cabo “*atendiendo la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término*” (art. 248.2 de la LGSS), se hace aplicando el mismo mecanismo para los trabajadores a tiempo completo y para los trabajadores a tiempo parcial, por lo que descarta la lesión del art. 14 de la CE, aunque el resultado tenga un efecto diferente en función de que el período previo de cotización lo fuera a tiempo completo o a tiempo parcial. Y aunque en ocasiones la aplicación de dicho mecanismo implique una matización del principio contributivo pues, como ya dijera el TC hace muchos años, en el sistema español de Seguridad Social se mantienen las características del modelo contributivo, si bien las prestaciones no se presentan como “prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultados de un acuerdo contractual” (STC 65/1987, de 21 de mayo, ECLI:ES:TC:1987:65).

Finalmente, sobre las pautas que determinan el porcentaje aplicable a la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en los términos previstos en el art. 248.3 de la LGSS, también han tenido ocasión de pronunciarse el TC y el TJUE<sup>7</sup>. La conclusión a la que se llega es que el cálculo del período de cotización que, como es sabido, es tenido en cuenta para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora, sufre una reducción en virtud de la aplicación del coeficiente de parcialidad, por el que se asigna un porcentaje a cada período de trabajo a tiempo parcial respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, si bien es cierto que con el incremento que deriva de la aplicación de un coeficiente del 1,5.

Esta fórmula, según concluyen estos Tribunales, no se adecua al principio de igualdad ante la ley entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, suponiendo una ruptura de la proporcionalidad puesto que, a la reducción razonable de la base reguladora del trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, se añade una reducción adicional respecto del período de cotización para fijar la cuantía de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente, cuando ésta deriva de enfermedad común. Pero, además, esta fórmula también constituye una discriminación indirecta por razón de sexo. El TC declara, pues, la inconstitucionalidad de la regla en virtud de la cual se aplica el llamado coeficiente de parcialidad en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común causadas por trabajadores a tiempo parcial; de manera que el cálculo de dichas pensiones ha de hacerse sin aplicar el referido coeficiente de parcialidad. Lo que constituye un ejemplo más de cómo la jurisprudencia del TJUE impacta, en mayor o menor medida, en la legislación española en materia de Seguridad Social y de cómo el TC actúa depurando el ordenamiento jurídico.

---

Asimismo, puede verse a Casas Baamonde, M.E.: “Integración de lagunas de cotización y trabajo a tiempo parcial ocasional. Constitución y ley: trabajo a tiempo parcial accidental y minoración de las pensiones contributivas de incapacidad permanente y jubilación. ATS 5280/2012. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Auto de 26 de abril de 2012. Ponente: Aurelio Desdentado Bonete”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum. Selección de sentencias*, número extraordinario, 2021.

<sup>7</sup> Véanse, sobre la pensión de jubilación, la STJUE de 8 de mayo de 2019 (ECLI: EU:C:2019:382) y la STC 91/2019, de 3 de julio (ECLI: ES: TC: 2019:91); y sobre la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la STC 155/2021, de 20 de octubre (ECLI: ES:TC:2021:155).

#### 4. CONSIDERACIÓN FINAL

La superación del juicio de proporcionalidad, que evite resultados gravosos o desmedidos, en cuanto elemento de análisis de la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, se configura como pieza clave en la construcción de la argumentación jurídica de los pronunciamientos judiciales, que, a su vez, marcan el juego del principio de proporcionalidad de la contratación a tiempo parcial en la configuración de algunas prestaciones del sistema de Seguridad Social. Así, son muchísimas las referencias que se hacen en estas sentencias a expresiones tales como “la ruptura de la proporcionalidad”, “la proporcionalidad desproporcionada” o “el obstáculo desproporcionado”, por poner sólo algunos ejemplos. Lo que, sin duda, tiene una estrecha conexión con el principio contributivo del sistema de Seguridad Social que, al mismo tiempo, se manifiesta de forma más o menos intensa según las reglas de aplicación a la acción protectora sean más o menos proporcionadas, más o menos desproporcionadas.

En este sentido, la incidencia de la parcialidad, tal y como que ha quedado expuesto, se manifiesta tanto en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social, en concreto, en relación con la determinación del período de cotización de la prestación por desempleo y de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente; como en la determinación de la cuantía de las referidas prestaciones.

En concreto, en cuanto a los criterios para determinar los períodos de cotización, se ha producido una revisión de los mismos a golpe de sentencias que, con carácter general, han abogado por el abandono de un estricto criterio de proporcionalidad, causa de resultados desproporcionados, que dificultan injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social al exigir unos períodos de actividad más extensos para cumplir el período de carencia. Sin que se considere ajustado al art.14 de la CE la exigencia de un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a prestaciones con cuantías proporcionalmente reducidas, precisamente, en función de la parcialidad del contrato.

De ahí que, respecto de la repercusión de la parcialidad en la determinación de la cuantía de algunas prestaciones, se ha de partir de la legitimidad de aplicar la proporcionalidad a la determinación de las bases reguladoras. De manera que el cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente se hace en función de las bases de cotización, por lo que los trabajadores a tiempo parcial causan prestaciones de cuantía inferior. Lo que es razonable y proporcionado, acorde, pues, con el principio de igualdad y no discriminación. Lo contrario de lo que ha ocurrido con las reglas para fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, lo que no es sino lógica aplicación del antes referido abandono de un estricto criterio de proporcionalidad, si bien no para causar derecho a prestación sino para calcular su importe; importe que depende del tiempo de cotización.

Diferente es, sin embargo, el enjuiciamiento sobre la valoración del mecanismo de integración de períodos sin obligación de cotizar, a efectos del cálculo de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente, habiéndose descartado la lesión del art. 14 de la CE, pese a los efectos desproporcionados que, en ocasiones, puede producir. La posible ruptura de la proporcionalidad se justifica, aunque de forma discutible, en la matización del modelo contributivo del sistema de Seguridad Social, que es de configuración legal. Sin embargo, la aplicación de un índice de parcialidad en un período de tiempo anterior a la situación de desempleo a los efectos de calcular algunos subsidios por desempleo

y para calcular las cuantías máximas y mínimas de la prestación contributivo por desempleo, permite evitar los efectos desproporcionados que se producirían en algunos supuestos si sólo se atendiese a la parcialidad en el momento del hecho causante. En fin, manifestaciones, todas las analizadas, de cómo, a tenor de relevantes pronunciamientos judiciales, se concreta la incidencia del principio de proporcionalidad de la contratación a tiempo parcial en la configuración de algunas prestaciones de Seguridad Social.

**LA RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS COLABORADORAS CON  
LA SEGURIDAD SOCIAL POR LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE  
ENFERMEDAD PROFESIONAL**

MANUEL GARCÍA MUÑOZ

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

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DETERMINACIÓN DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL
3. LA DECLARACIÓN Y ASUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS COLABORADORAS POR LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL
4. CONCLUSIONES



## 1. INTRODUCCIÓN

Desde que el Profesor D. Santiago González Ortega se incorporó a la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, no solo he tenido el privilegio de poder participar continuamente de sus magistrales enseñanzas académicas, sino también de compartir la actividad docente e investigadora que de forma tan brillante desarrolla en esta Universidad y en las que le han precedido. Concretamente, tuve la fortuna de colaborar, entre otros, en la realización de un estudio sobre “La responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo”, publicado, como capítulo de la monografía titulada *Mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales*, por la editorial La Ley, en el año 2007.

En él, se describen los tres supuestos de responsabilidad en orden a las prestaciones de Seguridad Social que, en nuestra opinión, se pueden identificar, de menor a mayor intensidad, del siguiente modo. En primer lugar, según el art. 168 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)<sup>1</sup>, se encuentran los “*supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones*” que pueden derivarse de la interposición empresarial constituida por contrata y subcontrata de obras o servicios o cesión de trabajadores, así como de sucesión de empresa. En cualquier caso, para que se pueda desencadenar esta responsabilidad, denominada consecuentemente derivada, es preciso que previamente se genere la responsabilidad, que podría llamarse principal y que conforma una segunda modalidad, por “*el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización*” que corresponden al empresario respecto a sus empleados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 167.2 de la LGSS, independientemente de que para la eficaz protección del trabajador pueda aplicarse el principio de automaticidad de las prestaciones previsto en los apartados tercero y cuarto de este mismo precepto y el consiguiente adelanto en su percibo por los beneficiarios.

Finalmente, la que podría denominarse responsabilidad directa, expresada, con carácter general, en el art. 45.1 y, con relación al Régimen General, en el art. 167.1 de la LGSS. De acuerdo con estos preceptos, se pueden distinguir tres tipos de entes que pueden asumir, según las previsiones legales, de más a menos grado, su responsabilidad respecto a las prestaciones que se puedan ocasionar. Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes, en su condición de integrantes de la Administración institucional de la Seguridad Social, en primer término, con carácter general y en su amplia extensión, tienen atribuidas todas las tareas que conforman las actividades propiamente de gestión de la Seguridad Social, como son el reconocimiento, la administración, la dispensación y el pago de las prestaciones establecidas legalmente, así como otras funciones previstas por la Ley. Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (en adelante, mutuas colaboradoras)<sup>2</sup>, en segundo término, que, igualmente, tienen conferidas de forma integral todas las tareas propias de gestión, si bien, únicamente respecto de las prestaciones seleccionadas legalmente para que puedan ser objeto de colaboración por estas entidades. Finalmente, de forma más limitada, las empresas individualmente consideradas con relación a las prestaciones que, del mismo modo, prevé la LGSS que puedan ser susceptibles de colaboración por los empleadores y puedan generar sus trabajadores.

---

<sup>1</sup> 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 (BOE núm. 261, de 31/10/2015).

<sup>2</sup> La denominación mutuas colaboradoras con la Seguridad Social se introdujo por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, sustituyéndose la precedente y vigente hasta entonces Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Asimismo, se realiza un análisis de la responsabilidad tanto directa como automática de las mutuas colaboradoras, sobre todo de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y, con más detalle, las que adoptan la forma de pensiones. En cuanto a estas últimas, la normativa vigente en aquella fecha, 2007, en líneas generales, establecía que estas entidades corrían, actualmente también, con su coste si se causaban por accidente de trabajo, materializándose su abono a través de la capitalización del importe calculado según las pautas previstas legal y reglamentariamente. En cambio, no asumían, al menos no directamente o en los mismos términos, el coste de las pensiones reconocidas a los sujetos protegidos antes estas contingencias, si tenían su origen en enfermedades profesionales. En este supuesto, las mutuas colaboradoras, de acuerdo con la previsión del art. 68.3 b. de la LGSS, contribuían con la aportación que se les asignara según las reglas contenidas en los 75, 76 y 77 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social y en el art. 67 del Real Decreto 1415/2014, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, y que se determinaba mediante la aplicación del coeficiente fijado para cada ejercicio económico al importe mensual de las cuotas de cotización satisfecho por contingencias profesionales, deducida la cantidad del reaseguro obligatorio, debidas por los trabajadores protegidos frente a las contingencias de esta naturaleza. En el año 2007, el art 25 de la Orden TAS/31/2007, de 16 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, establecía este porcentaje en el 22,60%, a no ser que la mutua colaboradora hubiera optado por ingresar el capital coste de las pensiones por enfermedad profesional, igual que en el supuesto de las derivadas de accidente de trabajo, reduciéndose entonces el porcentaje al 14,19%. Esta última posibilidad se preveía en la disposición adicional primera de la Orden TAS 4054/2005, de 27 de diciembre, por la que se desarrollan criterios técnicos para la liquidación de capitales costes de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social. Sin embargo, apenas transcurrido un mes desde la publicación de la investigación, esta opción se convirtió en obligación, como se podía deducir de la nueva redacción de la letra a) del apartado tercero del art. 68 de la LGSS, operada por la disposición final octava de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, unificándose así el régimen para la asunción del coste de las pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte de las mutuas colaboradoras. Con ello, se introdujeron nuevas reglas y se suscitaban algunas cuestiones que, a modo de complemento de aquella investigación, se analizan a continuación.

## **2. LA DETERMINACIÓN DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL**

La regulación de la Seguridad Social, pese a la sucesiva aproximación que desde su implantación se viene realizando, continúa manteniendo diferencias en la protección de los destinatarios, en atención a la naturaleza, común o profesional, del riesgo que origine la contingencia, más extensa e intensa si es profesional, distinguiendo, a su vez, conceptual y jurídicamente, si su materialización constituye un accidente o una enfermedad. Asimismo, el modelo de gestión del Sistema de Seguridad, en el que la colaboración de entidades privadas tiene una significativa participación en el desarrollo de sus cometidos y en la asunción de los costes de las prestaciones causadas y cubiertas

por ellas, requiere igualmente la determinación del carácter común o profesional de las contingencias de las que derivan.

Concretamente, el art. 157 de la LGSS delimita la enfermedad profesional como “*la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional*”. Estas especificaciones se recogen en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social y se establecen criterios para su modificación y registro. El legislador ha optado, pues, por un concepto, podría decirse, estático o cerrado de la enfermedad profesional, en contraste con el más abierto y dinámico del accidente de trabajo, en el que no tendrían encaje los deterioros progresivos de la salud que no aparecen en el cuadro, que no están relacionados con las actividades productivas señaladas en él ni con la exposición a los elementos o sustancias a los que se refiere.

No obstante, pese a la precisión con la que se define la enfermedad profesional, podría considerarse que la afección padecida por el sujeto protegido no constituye un riesgo de esta naturaleza, no solo debido a que pueda no estar actualizado el cuadro y, consecuentemente, no esté incluida, sino también a que no sea correctamente notificada y registrada. Por ello, el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, incorpora, en su Anexo II, enfermedades que, si bien en la actualidad no tienen la calificación de profesional y, por tanto, no se enumeran en su Anexo I en el que se relacionan las que cuentan con ella, en el futuro podrían adquirirla. Asimismo, como se señala en su Preámbulo, a fin de facilitar la notificación y comunicación de las enfermedades que puedan tener carácter profesional y con ello se pueda garantizar su declaración, especifica que corresponde a la entidad gestora o colaboradora, con la cooperación del empresario, iniciar la tramitación. Con este objeto, como se dispone en su articulado, si la mutua colaboradora tiene asignada la cobertura de la enfermedad profesional está obligada a elaborar y tramitar, electrónicamente a través de la aplicación informática CEPROSS (oficina virtual de la Web seg-social.es), el parte de enfermedad profesional (igualmente está obligada la entidad gestora si tiene asumida la cobertura por este riesgo), recogido en la Orden TAS/1/2007, de 2 de enero, por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales, con el contenido expresado en su Anexo y a remitirlo en los diez días siguientes a su diagnóstico y, en cualquier caso, a enviar en los cinco días desde la comunicación inicial la totalidad de los datos relacionados en este Anexo. Por su parte, la empresa o el trabajador por cuenta propia han de facilitarle los datos de que dispongan y se les requieran para su confección en el plazo indicado, así como los servicios médicos de las empresas colaboradoras en la gestión de las contingencias profesionales, en el plazo de tres días hábiles, deben trasladarle el diagnóstico de las enfermedades profesionales que puedan padecer los trabajadores de la empresa. Igualmente, se ha de comunicar electrónicamente la finalización del proceso, dentro de los cinco días hábiles siguientes al que se origine la causa que lo motiva, y que según el citado Anexo puede deberse a “*alta por curación, alta con propuesta de Incapacidad, fallecimiento, alta con propuesta de cambio de trabajo*”, como se expresa todo ello en los arts. 3, 4 y 6 de esta Orden. Del mismo modo, el art. 5 del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, establece que los facultativos del Sistema Nacional de Salud y, en su caso, del servicio de prevención han de comunicar, por medio del organismo competente de cada Comunidad o Ciudad Autónoma, a la mutua colaboradora que tenga atribuida

la protección de la enfermedad profesional la existencia de una patología, incluida en el Anexo I, o su sospecha, si se encuentra en el Anexo II, que pueda conocer en su actuación profesional, así como a la entidad gestora para su calificación, de acuerdo, a su vez, con el art. 3 de esta norma reglamentaria, en el que se dispone que corresponde a la entidad gestora respectiva la calificación de la enfermedad como profesional.

Efectivamente, con independencia de que la cobertura de las contingencias derivadas de enfermedad profesional esté concertada con una mutua colaboradora y de que esta especifique inicialmente el carácter profesional de la contingencia, la entidad gestora competente para la determinar la naturaleza profesional de la enfermedad, incluida la relativa a trabajadores que no se encuentren en alta ante el Sistema de Seguridad Social, es el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), con carácter general y para todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, salvo para el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, al estar atribuida esta competencia al Instituto Social de la Marina (ISM). Así puede deducirse del art. 82.2 de la LGSS y, aunque expresamente se refieran a las contingencias de incapacidad y a las lesiones permanentes no invalidantes causadas por riesgos profesionales, de los arts. 1 y 3.1. f) de la disposición adicional primera del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. En concreto, la determinación del carácter profesional de la enfermedad que genere las contingencias de incapacidad es una función preceptiva conferida al Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), constituido en cada Dirección Provincial del INSS, así como, si se solicita expresamente, de incapacidad temporal y de muerte, que se materializa a través de la formulación del dictamen-propuesta, si bien, al no gozar este de carácter vinculante, requiere para que despliegue eficacia jurídica que sea adoptado por la correspondiente resolución del Director Provincial del INSS, como se desprende de los arts. 1. a), 2.1, 3.1 f) y 6 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio. No obstante, a efectos de la aplicación de la reducción de cuotas de cotización por contingencias comunes, su existencia podrá acreditarse mediante certificación emitida por el EVI, de acuerdo con lo establecido en el art. 5.2 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal<sup>3</sup>. Seguramente, de acuerdo con una interpretación analógica de este precepto, igualmente, podría ser posible la constatación de enfermedad profesional, a los efectos que correspondan, mediante el certificado expedido por el EVI.

---

<sup>3</sup> La disposición adicional quinta de Ley 51/2007, de 26 de diciembre, introdujo la reducción del 50% de la parte de cuota de cotización empresarial por contingencias comunes correspondiente a los trabajadores afectados por el cambio de puesto de trabajo o función diferente, en la misma o distinta empresa, compatible con el estado de salud que presente, tras el diagnóstico de una enfermedad profesional en un grado que no origine el reconocimiento de una prestación económica y durante el tiempo que permanezcan en el nuevo puesto de trabajo o desarrollando funciones distintas.

### 3. LA DECLARACIÓN Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL POR LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

La mayor extensión e intensidad de la protección de las contingencias derivadas de riesgos profesionales y concretamente de enfermedad profesional, así como la posibilidad de que sean gestionadas por las mutuas colaboradoras y que corran con su coste, determinan que su calificación represente un interés legítimo tanto para los sujetos protegidos, debido, en su caso, a un más fácil acceso y a una más amplia cobertura en la protección, como para las entidades gestoras y las colaboradoras, al estar llamadas a asumir su gestión y su contenido económico. Estas últimas entidades, sobre todo respecto a las pensiones por las contingencias derivadas de enfermedad profesional, a partir de la opción introducida por la disposición final primera de la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, antes citada, que les permitía sustituir, si así lo estimaban, la contribución asignada, con la consiguiente reducción, por el capital coste de la pensión. La elección de esta fórmula reforzaba el interés de las mutuas colaboradoras en la determinación del carácter profesional o común de la enfermedad, ya que, si no se consideraba profesional, estas entidades no tenían que abonar cantidad adicional alguna para sufragar la cuantía de la prestación, minorándose así el coste por este concepto, posibilidad que no existía antes de la incorporación de esta especie de derecho de opción.

Sin embargo, este reforzamiento del interés de las mutuas colaboradoras en la declaración del origen profesional o común de la enfermedad causante de la contingencia, según el Tribunal Supremo, no suponía que gozaran de legitimación para poder recurrir la determinación del carácter profesional de la enfermedad, como se expone en la sentencia de la Sala de lo Social (Sección 1ª), de 14 de julio de 2009 (2009/5486), si bien no de forma unánime, como se refleja en el voto particular que disiente del criterio adoptado por la Sala. De acuerdo con este criterio, la incorporación de la opción de constituir las entidades colaboradoras el capital coste de las pensiones causadas por la materialización de este riesgo no modifica, *“en principio, la posición de las Mutuas con respecto al aseguramiento de la responsabilidad empresarial en materia de enfermedad profesional, que queda limitada a la incapacidad temporal y al período de observación”* (FJ 2º). Así pues, aunque sea cierto que el juego del ejercicio de la opción por la capitalización, contenida en una disposición reglamentaria de segundo orden, como se señala en este Fundamento Jurídico, suponga el desplazamiento del coste de la pensión correspondiente a la mutua colaboradora, no puede afectar a la relación jurídica configurada legalmente entre el sujeto protegido y la entidad gestora, en la que no interviene la entidad colaboradora. Por ello, se expresa en el mencionado fundamento jurídico que la citada disposición final primera no es acorde con la legalidad establecida en los arts. 63.3 b, 126.1 y 201.1 de la entonces vigente LGSS, en tanto que no se prevé la participación de las mutuas colaboradoras en la gestión de las pensiones por enfermedad profesional, sino que limitan su responsabilidad sobre las prestaciones a las funciones de gestión o colaboración en la gestión y en constituir el capital coste de las pensiones por accidente de trabajo, introduciéndose, *“en perjuicio del trabajador, una responsabilidad compartida de la Muta donde la ley sólo contempla una responsabilidad del INSS”* (FJ 2º). Además, se extiende con ello la obligación de realizar la capitalización del coste de la prestación a supuestos no establecidos por la ley, en los que no existe la responsabilidad de la prestación, y de exonerar la contribución por siniestralidad derivada de enfermedades profesionales en los términos dispuestos legalmente. Finalmente, la Sala concluye que

la falta de legitimación apreciada no significa indefensión para la mutua colaboradora, puesto que puede impugnar la declaración de la entidad gestora de constituir el capital coste por la ilegalidad de la opción reglamentaria, pero no el reconocimiento de la pensión por la entidad gestora que es la única que puede realizarlo.<sup>4</sup>

Las objeciones de legalidad señaladas por el Tribunal Supremo sobre la opción de capitalizar el coste de la prestación prevista reglamentariamente pronto desaparecieron con la modificación de la letra a) del apartado tercero del art. 68 de la LGSS, efectuada por Ley 51/2007, de 26 de diciembre, antes indicada, pero surgieron otras cuestiones con la nueva regulación legal que, desde ese momento, obligaba a las mutuas colaboradoras a constituir el capital coste por las pensiones causadas por enfermedad profesional, del mismo modo que por accidente de trabajo. Entre ellas, el régimen de aplicación para determinar la entidad responsable o responsables, en los supuestos en que se sucedan, de la cobertura de la contingencia o contingencias que puedan derivarse en atención a la fecha de materialización de aquel riesgo y si tienen que asumirla total o parcialmente. A este respecto, la reforma de la letra a) del apartado 3 del art. 68 de la LGSS conllevó la identificación de un doble régimen jurídico con relación a las pensiones causadas por enfermedades profesionales diferenciado por la fecha de la entrada en vigor de la regulación, esto es, con anterioridad al 1 de enero de 2008 y con posterioridad a esta fecha. Incluso, entre ambos regímenes, un tercero por la posibilidad de optar la mutua colaboradora en los términos previstos en la disposición final de la Orden TASS 4054/2005, de 27 de diciembre, antes analizada. A fin de resolver los aspectos relativos a la aplicación, primero de esta Orden, se emitió por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social la Resolución de 16 de febrero de 2007 (BOE de 27 de febrero) y, posteriormente a la reforma operada por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, la Resolución de 27 de mayo de 2009 (BOE de 10 junio), que derogó y sustituyó a la anterior y, que, a su vez, ha sido matizada, cuando no inaplicada, en distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

En consecuencia, a nuestra opinión, se pueden distinguir, en atención a la vigencia de las sucesivas regulaciones, las reglas que a continuación se relacionan para la determinación de la entidad gestora o colaboradora responsable de las contingencias y prestaciones, y la asunción del correspondiente coste derivadas de enfermedad profesional, salvo por incapacidad temporal, en los siguientes periodos.

### **3.1. Con anterioridad al 31 de diciembre de 2005**

En los supuestos de fallecimiento de trabajador en activo o beneficiario de pensiones por incapacidad permanente o jubilación por incapacidad permanente (reconocida de acuerdo con las prescripciones del Régimen de Especial de la Minería del carbón), así como de reconocimiento de la situación de incapacidad permanente sucedidos con anterioridad al 31 de diciembre de 2005, la responsabilidad de la mutua colaboradora relativa al coste de las prestaciones por muerte y supervivencia se limitaba al ingreso de las aportaciones asignadas para hacer frente, en régimen de compensación, a las prestaciones derivadas por este riesgo distintas a las de incapacidad temporal. Consecuentemente, como se señala, entre otras, de la STS 5486/2009, de 14 de julio, de conformidad con

---

<sup>4</sup> El voto particular formulado al parecer de Sala sostiene que ha de prevalecer el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de la Constitución Española, que no puede ejercerse, si se le impide a la mutua colaboradora recurrir el reconocimiento de la prestación, íntimamente conectado con la obligación de constituir el capital coste derivado de la opción realizada por esta entidad. La imposibilidad de impugnar la declaración de la prestación causada por enfermedad profesional podría conllevar su firmeza, a no ser que se interpusiera por el sujeto protegido por el motivo que considere, y que la colaboración entre aquella entidad y la gestora pudiera estar al arbitrio de esta última, contraviéndose lo dispuesto en el art. 1256 del Código Civil.

la disposición final primera y la disposición transitoria primera del Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, corrían con su importe íntegro, en calidad de sucesores del Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, la Tesorería General de la Seguridad Social y el INSS o, si el sujeto protegido se encontraba encuadrado en Régimen Especial de Trabajador del Mar, el ISM, como del mismo modo se deduce de la STS 2606/2015, de 19 de mayo.

Igualmente, entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, sería de aplicación el mismo régimen descrito, si la mutua colaboradora no hubiera optado por capitalizar el coste de las prestaciones por enfermedad profesional. En cambio, si había elegido esta opción, su responsabilidad se concretaba en el abono del importe capitalizado de la pensión. A estos efectos, la Resolución de 16 de febrero de 2007, especificaba que resultaría responsable la mutua colaboradora de constituir el capital coste de acuerdo con los siguientes criterios: a) en los supuestos de incapacidad permanente procedente de una situación de incapacidad temporal causada por trabajador en alta, si tenía asumida su cobertura en la fecha de inicio de esta contingencia o, en los casos de recaída, en el momento de comenzar el primer proceso de esta situación, así como en la fecha del dictamen-propuesta, si no estaba precedida por esta última. En cambio, si se generaba la incapacidad permanente por trabajadores no en alta, sería responsable si estaban encuadrados en el Régimen Especial de la Minería del Carbón y le correspondía su protección en la fecha del cese del período de actividad laboral en este sector; b) en los supuestos de fallecimiento de beneficiario de pensión de incapacidad permanente o de jubilación por esta contingencia, si según los criterios descritos le hubiera correspondido realizar la capitalización de esta pensión o, si estuviera en activo, si tenía amparada las contingencias profesionales en el momento de fallecer. Asimismo, aunque no se recogía expresamente en esta Resolución, parece que, si la entidad gestora hubiera efectuado el pago periódico del subsidio en favor de familiares, el pago único por las lesiones permanentes no invalidantes o la indemnización a tanto alzado por el fallecimiento debido a enfermedad profesional podría solicitar el reintegro de la mutua colaboradora declarada responsable, según lo dispuesto en el art. 78.4 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre y art. 69.1. c) del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

No obstante, si la entidad colaboradora no estaba de acuerdo con el reconocimiento de la pensión que determinaba la capitalización por este riesgo, como se sostenía en la STS 5486/2009, de 14 de julio de 2009, referida anteriormente, carecía de legitimación para su impugnación, pero podría recurrir, en los plazos establecidos, la declaración de la entidad gestora de constituir el capital coste por sustentarse en una norma reglamentaria, contenida en la citada Orden TASS 4054/2005, de 27 de diciembre, que no se ajustaba a la legalidad. Para ello, sería necesaria la interposición de la correspondiente reclamación previa en el período previsto en el art. 71.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, pues, como puede desprenderse de la STS 3015/2015, de 15 de junio de 2015, y del elevadísimo número que le sucedieron reiterando el fundamento de este pronunciamiento<sup>5</sup>, no es posible accionar con posterioridad para no realizar la capitalización o, en su caso, para solicitar el reintegro del importe abonado, si no se presentó en plazo la preceptiva reclamación previa.

---

<sup>5</sup> Entre otras, STS 5602/2015, de 16 de diciembre de 2015; STS 5733/2016, de 21 de diciembre de 2016; STS 5794/2016, de 21 de diciembre; STS 4810/2017, 19 de diciembre; STS 926/2018, de 13 de febrero de 2018; STS 1336/2019, de 14 de marzo de 2019.

### 3.2. Con posterioridad al 31 de diciembre de 2007

A partir del 1 de enero de 2008, en el que la opción de la mutua colaboradora de capitalizar el coste de la pensión se convierte en obligación, como se ha señalado anteriormente, corresponde, con carácter general, al INSS el reconocimiento de la pensión y la declaración de la mutua colaboradora responsable de constituir su capital coste, así como el abono de la prestación periódica al beneficiario, pero no de las prestaciones de pago único que ha de ser realizado directamente por la entidad colaboradora, de conformidad con la reforma del apartado 3 del art. 68 y el art. 87.3 de la LGSS entonces vigente (actuales arts. 80.2 y 110.3 respectivamente). La declaración de responsabilidad de la mutua colaboradora, en principio, procedería, según la Resolución de 27 de mayo de 2009 que reiteraba los criterios contenidos en la precedente Resolución de 16 de febrero, antes expuestos, con alguna especificación. Así, por ejemplo, si el sujeto protegido estaba en activo y fallecía durante la situación de incapacidad temporal, correspondería la responsabilidad a la entidad gestora o mutua colaboradora que tuviera asumida la cobertura por contingencias profesionales en el momento de emitirse la baja médica inicial, y si no estuviera en esta situación, en la fecha del fallecimiento. Igualmente, si el causante tuviera la condición de pensionista de incapacidad permanente o jubilación derivada de incapacidad permanente, a la entidad que hubiera sido responsable de estas prestaciones, aunque se hubiera originado en la fecha en la que la mutua colaboradora limitaba su responsabilidad a satisfacer las aportaciones asignadas para hacer frente, en régimen de compensación, a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional distintas a las de incapacidad temporal. Asimismo, se recogía que correspondería a las mutuas colaboradoras la responsabilidad de las prestaciones a tanto alzado por incapacidad permanente parcial y por lesiones permanentes no invalidantes, a no ser que estuvieran precedidas de una situación de incapacidad temporal y no tuvieran asumida esta responsabilidad en la fecha de iniciarse. En cuanto a la responsabilidad por la pensión de incapacidad permanente, no se contenían diferencias significativas respecto a las reglas establecidas en la anterior Resolución de 16 de febrero de 2007.

Sin embargo, como señala el Tribunal Supremo, en las sentencias que se han pronunciado sobre la determinación de la responsabilidad de las mutuas colaboradoras tras la entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, el 1 de enero de 2008, la mencionada Resolución, aunque esté publicada en el Boletín Oficial del Estado, no es una norma jurídica, sino un acto administrativo que carece de valor normativo o reglamentario, que aunque no tiene carácter vinculante puede considerarse como un *“medio auténtico de interpretación”* para los supuestos en los que las *“usuales reglas de hermenéuticas sean insuficientes para determinar el sentido de la norma”* y, en este caso, no sucede (STS 212/2013, de 15 de enero de 2013). En esta sentencia, se expresa que la doctrina para determinar la entidad responsable de la prestación derivada de enfermedad profesional (en este supuesto referida a la contingencia de incapacidad permanente y aplicable a las restantes contingencias menos a la incapacidad temporal), es la establecida, *“mutatis mutandis”*, para los supuestos de accidente de trabajo contenida en la STS 646/2000, de 1 de febrero de 2000. De este modo, la entidad responsable ha de ser la que tenga asumida la cobertura de las contingencias derivadas de enfermedad profesional en la fecha en la que esta se contraiga, aunque la situación protegida se genere en un momento posterior. Así pues, como se declara en la STS 3308/2014, de 18 de junio de 2014 (en este caso relativa a la contingencia de muerte y supervivencia y extensible a las demás contingencias salvo a la de incapacidad temporal), con cita de la STS 212/2013, de 15 de enero de 2013 y



otras posteriores<sup>6</sup>, al entrar en vigor la reforma operada por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, el 1 de enero de 2008, no es posible “*determinar la responsabilidad de la Mutua que no tenía a su cargo la cobertura de la prestaciones derivadas de una enfermedad que necesariamente se contrajo con anterioridad. Esto implica que la responsabilidad solo puede ser atribuida al INSS, que por prescripción legal tenía asegurado en exclusividad la responsabilidad por las prestaciones por incapacidad permanente en el periodo en que aparece la enfermedad profesional; y no la Mutua, cuyo aseguramiento se limitaba a las prestaciones de incapacidad temporal*”.

La adopción de este criterio plantea, a su vez, la cuestión relativa a precisar la responsabilidad de la mutua o mutuas colaboradoras o de la entidad gestora en los supuestos en los que el sujeto protegido ha estado expuesto al riesgo de enfermedad profesional con anterioridad y posterioridad al 1 de enero de 2008, así como si la responsabilidad debe ser única de aquellas o de estas entidades o compartida por todas las que han asumido la cobertura de las contingencias generadas por la actualización de este riesgo, distintas a la incapacidad temporal, durante el período en que se ha estado ante la acción del agente causante que lo ha provocado. La solución ante esta alternativa igualmente ha sido aportada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 (STS 3167/2017) y 10 de julio (STS 2908/2017) de 2017 y en las que sucesivamente se han dictado<sup>7</sup>. Concretamente, en la STS 2908/2017, de 10 de julio, tras reflejar pronunciamientos anteriores sobre algunos aspectos relacionados con este debate, como la mutua colaboradora responsable de satisfacer la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común si al inicio de esta contingencia su cobertura estaba asumida por una y durante su prolongación la adquiere otra, declarándose que esta última es la responsable (STS 5321/2006, de 2 de septiembre), o a la que corresponde el abono de la prestación si por revisión se reconoce el grado de absoluta por enfermedad común a una incapacidad permanente total causada por accidente de trabajo, determinándose que debe compartirse por las entidades responsables de la primera situación de incapacidad permanente y de la que le sucede (STS 8955/1993, de 20 de diciembre), señala que la responsabilidad ha de ser compartida por la entidad gestora y la entidad colaboradora o las entidades colaboradoras en proporción a los periodos de tiempo que el sujeto protegido estuvo expuesto al riesgo<sup>8</sup>. Esta decisión se sustenta básicamente en los siguientes argumentos (FJ 5º): a diferencia del accidente de trabajo, la enfermedad profesional se desarrolla en el tiempo “*de forma silente e insidiosa*” por la influencia de los agentes causantes, de modo que no es posible determinar que la entidad responsable sea la que proteja este riesgo en el momento de su manifestación; la exposición a estos agentes normalmente se prolonga durante un extenso lapso temporal en el que se puede contraer la enfermedad y en el que han podido asumir su cobertura, hasta 31 de diciembre de 2007, el INSS y, a continuación, la entidad o las entidades colaboradoras; el criterio seguido por la Sala, en los casos de revisión de grado de una incapacidad permanente por enfermedad común protegida por el INSS que es sucedida por otra por accidente de trabajo cubierta por una mutua colaboradora, determina la responsabilidad compartida entre aquella entidad y esta; si bien la regla general establece que la entidad responsable es la que protege la contingencia en el momento que acaece el hecho causante, en la enfermedad profesional este no acontece en un momento preciso, sino que se genera durante un periodo de tiempo hasta

<sup>6</sup> STS 1687/2013, de 12 de marzo de 2013; STS 1811/2013, de 19 de marzo de 2013 y STS 1767/2013, de 25 de marzo de 2013, entre otras.

<sup>7</sup> STS 4408/2017, de 22 de noviembre de 2017; STS 2955/2020, de 17 de septiembre; STS 2596/2020, de 22 de julio de 2020.

<sup>8</sup> Este criterio es aplicable no solo a las contingencias protegidas mediante pensiones, sino también a través de prestaciones de pago único, como se desprende de la STS 4569/2018, de 18 de diciembre de 2018 y STS 3065/2021, de 20 de julio de 2021, referidas a lesiones permanentes no invalidantes.

que se manifiesta, de modo que, si se está expuesto a los agentes susceptibles desencadenar la materialización del riesgo bajo la cobertura de la entidad gestora y a continuación de la colaboradora, la responsabilidad se debe compartir entre ellas proporcionalmente al periodo de exposición a estos agentes<sup>9</sup>.

En consecuencia, se puede deducir que son dos los elementos cualitativos que permiten determinar la responsabilidad de la mutua colaboradora, así como uno cuantitativo para delimitar la medida en la que tiene que afrontarla. En primer lugar, que el sujeto protegido se encuentre expuesto a los agentes y condiciones susceptibles de provocar la enfermedad profesional, independientemente del momento en el que se exteriorice. En segundo lugar, que durante el periodo de exposición tenga asumida las contingencias derivadas de este riesgo. Finalmente, el tiempo que se ha estado bajo su incidencia cubierto por la entidad colaboradora para delimitar cuantitativa y proporcionalmente la responsabilidad en el abono de las prestaciones que se puedan causar. De este modo, puede ser indiferente que el trabajador permanezca en activo antes y después del 1 de enero de 2008, ya que solamente se declararía la responsabilidad de la mutua colaboradora si ha estado expuesto al riesgo a partir de esta fecha y en proporción al tiempo que se ha prolongado su protección respecto a las contingencias que de su actualización se puedan derivar distintas a la incapacidad temporal, como se desprende de la STS 1196/2019, de 26 de marzo de 2019.

#### 4. CONCLUSIONES

La regulación introducida por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, ha equiparado el régimen de responsabilidad de las mutuas colaboradoras respecto a las pensiones y a las prestaciones de pago único derivadas de contingencias profesionales, sin distinción, como sucedía con carácter general hasta el 31 de diciembre de 2007, según el riesgo que las causara, y que se concreta en la obligación de constituir el capital coste de las primeras y en la realización del pago directo de las segundas. Asimismo, la interpretación jurisprudencial considera que para la determinación de la responsabilidad de estas entidades el momento relevante es el de la actualización del riesgo, pese a las diferencias entre ambos, ya que, si bien en el accidente se puede fijar con exactitud, en la enfermedad, por su desarrollo progresivo, no es posible, sino que se entiende contraída durante el periodo que se ha estado expuesto a los efectos de los agentes y condiciones que puedan causarlo. Por ello, también se señala jurisprudencialmente que el importe total de las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional ha de ser compartido entre todas las entidades en proporción al tiempo que han asumido su cobertura durante la exposición.

No obstante, la adopción de este criterio contrasta con el establecido para la determinación de la responsabilidad por incapacidad temporal, ya que corresponde a la entidad que proteja esta contingencia en cada momento, con independencia de la fecha en la que se haya podido reconocer y del tiempo en que se haya podido estar bajo la influencia de los agentes y condiciones susceptibles de generar la enfermedad. Probablemente, esta diferencia de criterio entre unas y otra pudiera descansar en el carácter indefinido y la forma de satisfacción, a través de la capitalización, de la cuantía de las pensiones o, mediante el pago único, de las indemnizaciones, frente al carácter determinado y al abono periódico del subsidio.

<sup>9</sup> Se reitera esta doctrina, entre otras, en STS 4408/2017, de 22 de noviembre de 2017; STS 4813/2017, de 19 de diciembre de 2017; STS 2894/2018, de 19 de junio de 2018; STS 371/2019, de 8 de enero de 2019; STS 1111/2019, de 21 de marzo de 2019; STS 2596/2020, de 22 de julio de 2020; STS 3524/2020, de 13 de octubre de 2020.



**LA PENSIÓN COMPENSATORIA COMO REQUISITO DE ACCESO  
A LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL Y  
DISOLUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO**

CRISTINA BLASCO RASERO

*Profesora Contratada Doctora*

*Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES
2. EL LIMITADO RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD AL CÓNYUGE SEPARADO O DIVORCIADO BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN COMPENSATORIA
3. LA PENSIÓN COMPENSATORIA COMO CONDICIÓN PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN EL SUPUESTO DE RESOLUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO. REFLEXIONES FINALES

El paso de los años conlleva que, cada cierto tiempo, hayan de dejar las aulas y los despachos, profesores que han pasado su vida dedicados a la docencia y a la investigación en la noble institución universitaria. Para ellos, supone un cambio radical en su día a día. Para la Universidad, una pérdida irremplazable, especialmente, cuando son personas de una valía profesional incuestionable: docentes capaces de desempeñar sus funciones en cualquiera de las disciplinas que conforman su área de conocimiento, estudiosos al día de las últimas reformas normativas, de la jurisprudencia reciente y de las nuevas publicaciones que salen al mercado, investigadores que conocen su oficio y son capaces de llegar al fondo de cualquier tema, o ponentes con indudables dotes de oratoria que saben exponer sus argumentos y convencer de sus posiciones a quienes les escuchan.

Todo esto es el Profesor Dr. D. Santiago González Ortega. Docente especialmente cualificado, miembro destacado de la doctrina laboralista de este país conciencioso en su investigación, crítico cuando hay que serlo, trabajador incansable y siempre, siempre, brillante. Por eso, su jubilación no puede verse acompañada del cese de su actividad; como él bien sabe, la jubilación es compatible con algunas formas de trabajo y, en su caso, es imprescindible que siga en activo, profundizando, reflexionando y compartiendo su opinión sobre los miles de cuestiones que nos depara el futuro.

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En este ensayo, que forma parte del libro en el que se rinde homenaje al Profesor González Ortega con motivo de su jubilación, he decidido abordar una cuestión relativa al ámbito de la protección social, ámbito por el que ambos compartimos un especial interés. En particular, entre las innumerables cuestiones que se suscitan en esta rama del Derecho, se van a dedicar las siguientes páginas a analizar uno de los aspectos de la regulación actual de la pensión de viudedad que considero digno de atención. Y ello porque, aunque llevo años comentando la situación protegida, el fundamento y el régimen jurídico de esta pensión (tanto en la versión que ha estado vigente en cada fecha como en su devenir histórico) y, aunque hace aún más tiempo que el legislador anda revisando y reformando los distintos aspectos de su regulación, a mi juicio, siguen existiendo numerosas cuestiones que necesitan ser tratadas. Probablemente, porque estamos hablando de la prestación de Seguridad Social más controvertida de todas las que integran la acción protectora y porque, por esta razón, es la que entiendo que está más necesitada de una reformulación general, o incluso, de un cambio de modelo.

En esta ocasión, y en relación con otro tema de sumo interés como es la utilidad de las instituciones civiles en el ámbito de la Seguridad Social, quiero dedicar las siguientes páginas a analizar el sentido y la idoneidad de la pensión compensatoria como condición a la que se supedita el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad tanto en los supuestos de separación y divorcio, como, actualmente, en los casos de extinción de las parejas de hecho. De un lado, porque, en general, creo que es necesario realizar estudios transversales y coordinados de las distintas ramas del ordenamiento jurídico que, entiendo, pueden abrir nuevas líneas de investigación que nos conduzcan a reflexiones y conclusiones novedosas e interesantes. De otro, porque siempre es procedente dedicarle tiempo al estudio de las normas cuando el legislador vuelve a actuar ampliando o restringiendo la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, incorporando nuevos requisitos, alterando el contenido de los anteriores o modificando las reglas de cálculo del importe de las prestaciones. Es lo que ha sucedido recientemente con la Ley 21/2021, de

28 de diciembre, una norma en la que se ha vuelto a reformar los preceptos legales que regulan la pensión de viudedad. Con todo, estas páginas se circunscribirán a uno solo de los aspectos de la regulación social afectado por la reforma.

## **2. EL LIMITADO RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD AL CÓNYUGE SEPARADO O DIVORCIADO BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN COMPENSATORIA**

En el análisis de la funcionalidad de la pensión compensatoria como condición a la que se supedita el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de ruptura de las relaciones de pareja, es necesario empezar por recordar los términos en los que se ha ido aplicando este requisito en los casos de crisis matrimonial, para después centrar el análisis en la forma en la que se ha extendido la misma condición, en la Ley 21/2021, a los supuestos de parejas de hecho. Y entiendo que debe actuarse así porque, aunque se trate de una cuestión que no es novedosa, hay que replantearse su idoneidad, no sólo en consideración a las resoluciones jurisprudenciales que la han reinterpretado, sino también, ahora, en atención a un nuevo contexto en el que se extiende la misma condición a las parejas de hecho que opten por la resolución del vínculo.

Después de décadas en las que se ha venido reconociendo la pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado superviviente sin que se le haya exigido condiciones adicionales restrictivas del derecho<sup>1</sup>, en 2007, en una de las reformas más significativas de las prestaciones de muerte y supervivencia de los últimos años, se modificó la LGSS para, a partir de entonces, limitar la pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado que hubiera mantenido un vínculo de dependencia económica con el causante y que, tras su fallecimiento, hubiera perdido esa fuente de ingresos.

En concreto, como se recordará, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó el segundo apartado del entonces art. 174 de la LGSS para decir que: *“En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedará extinguida por el fallecimiento del causante”*. En estos términos, se impuso una condición hasta entonces inexistente que ha restringido el acceso a la pensión de viudedad.

En efecto, en un primer acercamiento al tema, ha de decirse que la disposición de este requisito, en estos términos, ha impedido el reconocimiento de la pensión de viudedad a todo aquel que se encuentre en alguna de las siguientes situaciones. En primer lugar, la restricción del derecho al acreedor de una pensión compensatoria elimina de la protección al cónyuge que, tras la separación o el divorcio, no reciba sino, al contrario, sea el deudor o pagador de la cantidad estipulada en ese concepto. Este mismo requisito, en segundo

<sup>1</sup> El reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge separado ha sido una constante en la ordenación de esta prestación desde la configuración del Sistema de Seguridad Social hasta nuestros días. La extensión del derecho a las personas divorciadas se produjo, lógicamente, tras la reintroducción del divorcio en el Derecho español por la Ley 30/1981, de 7 de julio. En esta época, no se les exigían requisitos adicionales para acceder a la pensión de viudedad tras la muerte del causante.

lugar, deja sin protección al cónyuge al que se le haya asignado una cantidad a tanto alzado como forma de compensar ese mismo desequilibrio económico, lógicamente, cuando haya recibido esa cantidad antes del fallecimiento del causante<sup>2</sup>. Es más, la exigencia de que se esté recibiendo dicha contraprestación en la fecha del óbito también impide el acceso a la pensión de viudedad al cónyuge que, habiendo sido beneficiario de una pensión compensatoria temporal, haya dejado de percibirla con anterioridad a ese momento, constatándose en este caso una cierta nota de aleatoriedad que permite o impide el acceso a la pensión social en función de las fechas en las que se producen, de un lado, la extinción del derecho a la pensión compensatoria, y de otro, el óbito del causante.

Aparte de estas restricciones, circunstanciales, es necesario centrar la atención en el sentido y la finalidad de la propia condición para determinar si es apropiado limitar el reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge o excónyuge sobreviviente que estuviera recibiendo del causante una pensión compensatoria de carácter periódico en el momento del fallecimiento del causante y que, por ello, en esa fecha, deja de percibirla. Dicho de otra forma, en este tema es necesario plantearse si, en los casos de separación y divorcio, la pensión de viudedad debe actuar como renta social que sustituya la pensión compensatoria que, en vida de ambos cónyuges, abonaba el causante al superviviente.

Para ello hay que partir del artículo 97 del Código civil, en el que se dispone que: *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”*<sup>3</sup>.

De acuerdo con la disposición normativa, la pensión compensatoria se configura como una contraprestación civil, entre particulares, en la que uno de los cónyuges ha de satisfacer al otro la compensación que se fije (que puede consistir en una cantidad a tanto alzado o en una prestación periódica y, en este último caso, bien con carácter temporal o bien de forma indefinida) cuando, en un análisis comparativo entre la situación de ambos cónyuges, se vislumbre un desequilibrio económico entre las partes o, lo que es lo mismo, un reparto desigual de los perjuicios y beneficios derivados del matrimonio<sup>4</sup>. Constituye una compensación específica (que sólo se reconoce entre los cónyuges o excónyuges y exclusivamente con ocasión de su separación o divorcio) que se puede acordar en el propio convenio regulador o en la resolución judicial en la que se disponen las consecuencias

<sup>2</sup> En las STS (So) de 21 de junio de 2017 (RJ 2017/3296) y en la de 15 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5324) se deniega la pensión de viudedad a quienes han recibido una pensión compensatoria de pago único.

<sup>3</sup> Como se sigue diciendo en el precepto, si no existe un acuerdo entre las partes, el Juez determinará su importe teniendo en cuenta: *“1.º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; 2.º La edad y el estado de salud; 3.º La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; 4.º La dedicación pasada y futura a la familia; 5.º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6.º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7.º La pérdida eventual de un derecho de pensión; 8.º El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; 9.º Cualquier otra circunstancia relevante”*. Además, en la resolución judicial o en el convenio regulador se fijará la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.

<sup>4</sup> En palabras del Tribunal Supremo, *“la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que pueda producir la convivencia recaiga solo sobre uno de los cónyuges, y para ello se ha de tener en consideración lo que haya ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes al que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido desequilibrio que genera posibilidades de compensación”*. Esta interpretación jurisprudencial se repite en diversas sentencias de la Sala 1ª del TS, tales como, las SSTs de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008/5688); de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417); STS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011/7421); STS de 25 de noviembre de 2011 (RJ 2012/575); STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/194); STS de 27 de mayo de 2013 (RJ 2013/6083).

de dicha situación de crisis matrimonial, con la que únicamente se trata de compensar el perjuicio económico que el matrimonio y la ruptura del vínculo genera sobre una de las partes. Por ello, la pensión compensatoria se puede reconocer tanto al cónyuge que, tras la separación o el divorcio, se encuentra en una situación de precariedad económica como a aquel que tiene recursos suficientes para cubrir sus necesidades, e incluso, para vivir desahogadamente.

De esta forma, se diferencia claramente el contenido y la finalidad de la referida pensión compensatoria respecto de la llamada pensión de alimentos regulada en los artículos 142 y siguientes del Código civil. De estos últimos preceptos se deduce, básicamente, la obligación recíproca que corresponde a los cónyuges, ascendientes y descendientes (y, en ciertos casos y con menor extensión, a los hermanos) de darse unos alimentos que comprenden “*todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”. Se trata, como puede deducirse de lo señalado, de una obligación civil a favor de los familiares señalados, que se encuentren en una situación de precariedad económica, con la que se trata exclusivamente de subvenir a sus necesidades básicas. Otra característica importante de la pensión de alimentos es que, al estar ligada al vínculo matrimonial, no procede en los casos de divorcio (en los que, como se sabe, se disuelve la relación) salvo que así se disponga expresamente en un acuerdo alcanzado entre las partes. Tales diferencias llevan al TS a decir que la pensión compensatoria no viene a sustituir, tras el divorcio, la obligación de alimentos entre los cónyuges<sup>5</sup>.

Pues bien, entre ambas pensiones civiles, el legislador de 2007 optó por supeditar el reconocimiento de la pensión de viudedad a la primera, de tal forma que sólo cuando se hubiera sido beneficiario, en vida del causante, de una pensión compensatoria que se extinguiera como consecuencia del fallecimiento, se puede obtener la pensión social tras el óbito. Tal previsión explica que, en una primera etapa, los tribunales realizaran una interpretación literal de la norma para dejar fuera de la protección a todos aquellos cónyuges o excónyuges, separados o divorciados, que no estuvieran percibiendo una pensión compensatoria del causante en la fecha del fallecimiento, y ello, aunque acreditaran una situación de dependencia económica, e incluso, una situación de necesidad real que justificara el pago por el causante de una pensión alimenticia<sup>6</sup>.

Pero en poco tiempo, el Alto Tribunal tuvo que replantearse los términos de su doctrina teniendo en cuenta, fundamentalmente, la confusión con la que los particulares denominan las obligaciones que asumen en el convenio regulador en el que deciden, tras la separación o el divorcio, sus relaciones personales y patrimoniales<sup>7</sup>. En este sentido, señala el Tribunal, es frecuente que en dicho convenio no se califique jurídicamente el pago que se acuerda, se utilice una terminología variada de las obligaciones que asumen

<sup>5</sup> Sentencia de la Sala Primera del TS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637)

<sup>6</sup> Desde esta interpretación, el Tribunal Supremo denegó el derecho a la pensión de viudedad al cónyuge sobreviviente que no hubiera estado cobrando una pensión compensatoria de su exmarido, sencillamente, porque éste no tenía bienes para hacerle frente y, por ello, no se le podía exigir otra contribución al levantamiento de las cargas familiares que el pago de una pensión de alimentos a favor de los hijos, o incluso, al cónyuge que había estado separado de hecho del causante y que, por esta causa, no podía estar recibiendo una pensión compensatoria, incluso, cuando se hubiera dispuesto el pago de una pensión alimenticia a favor de la esposa que carecía de recursos suficientes para subsistir. Vid. al respecto las sentencias de la Sala de lo Social del TS de 14 de febrero de 2012 (RJ 2012/3351), de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012/3902), de 21 de marzo de 2012 (RJ 2012/5254) y de 17 de abril de 2012 (RJ 2012/5713).

<sup>7</sup> Sobre esta interpretación de la norma, vid. las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014 (RJ 2014/1038); de 30 de enero de 2014 (RJ 2014/1850); de 17 de febrero de 2014 (RJ 2014/2968); de 6 de mayo de 2014 (RJ 2014/3753); de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2015/1767); de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015/1378); de 12 de febrero de 2016 (RJ 2016/1029); de 23 de febrero de 2016 (RJ 1085); de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020/1405); de 5 de mayo de 2020 (RJ 2020/1736); de 14 de octubre de 2020 (RJ 2020/4504) y de 14/4/2021 (RJ 2021/2110).



los cónyuges, uno frente a otro y frente a sus hijos, o se realice un pago general para atender a diferentes conceptos. Por ello, se dice, los tribunales no se pueden ceñir a la denominación que le hayan dado las partes para limitar el reconocimiento de la pensión de viudedad a quienes hayan acordado una pensión compensatoria con ese nombre, sino que han de examinar, en cada caso, la verdadera naturaleza de la pensión que haya asumido el causante, extraídas las circunstancias del caso y realizando una interpretación finalista de su otorgamiento. Es más, el Tribunal llega a decir que, cuando el supérstite recibe cualquier pago periódico a costa del causante es difícil impedir el acceso a la prestación, sea cual sea la denominación dada a dicha atribución, e incluso, con independencia de su naturaleza; en su opinión, la razón de este requisito se halla en la dependencia económica mantenida antes del fallecimiento y esa dependencia existe tanto si se venía percibiendo una pensión compensatoria como si se recibía cualquier otro pago regular del fallecido, como puede ser una pensión alimenticia<sup>8</sup>.

En definitiva, y como sucede con la propia pensión de viudedad (en la que, como se sabe, no se protege un estado de necesidad real sino, exclusivamente, la pérdida de los ingresos que generaba el causante y que, lógicamente, se extinguen tras su fallecimiento<sup>9</sup>) en los supuestos de separación y divorcio, no se tiene en cuenta la existencia de una situación de precariedad económica del eventual beneficiario, sino exclusivamente, la existencia de un vínculo económico entre las partes que el legislador trata de compensar con el reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge beneficiario: una pensión social abonada por el Estado, que viene a sustituir el pago de una pensión o contraprestación privada que, hasta la fecha del fallecimiento, venía sufragando el causante. De esta forma, la existencia de una previa relación económica entre las partes constituye el fundamento de la pensión de viudedad en todos los casos (tanto cuando el matrimonio siguiera vigente en la fecha del fallecimiento, como en los supuestos de crisis matrimonial).

### **3. LA PENSIÓN COMPENSATORIA COMO CONDICIÓN PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN EL SUPUESTO DE RESOLUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO**

Hace ya algunos años que, la misma Ley 40/2007 citada anteriormente, alteró la regulación de la pensión de viudedad para, a partir de esa fecha, permitir el acceso a la pensión al miembro superviviente de una pareja de hecho. A estos efectos, se definió la pareja de hecho como toda relación de afectividad análoga a la conyugal que mantuvieran dos personas que, sin estar impedidas para contraer matrimonio, no tuvieran vínculo matrimonial con otra persona, y acreditaran mediante un certificado de empadronamiento

---

<sup>8</sup> Con todo, en las primeras sentencias citadas, en las que el Tribunal revisa su doctrina, hay sendos votos particulares en los que, aún partiendo de la afirmación de que si se reconoce la pensión de viudedad cuando se concede una pensión compensatoria con mayor razón tendría que atribuirse cuando se paga una pensión alimenticia, se considera que no le corresponde al órgano judicial hacer una interpretación teleológica que excede del sentido de las palabras.

<sup>9</sup> En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia ha venido reiterando que el fundamento de la pensión de viudedad es el resarcimiento de un daño, esto es, la compensación que se abona al cónyuge superviviente por la pérdida de los ingresos que, hasta la fecha del fallecimiento, obtenía el causante y que se venían integrando, como consecuencia de las relaciones económicas que derivan del vínculo conyugal, en un patrimonio familiar común. Vid. al respecto, por ejemplo: López-Tarruella Martínez, F. y Viqueira Pérez, C.: “Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad. De nuevo sobre la doctrina del Tribunal Constitucional y la necesaria y urgente reforma de la pensión de viudedad”, *Relaciones Laborales*, nº 10, 1991, págs. 345 y 355; Sástre Ibarreche, R.: “Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma”, *Temas Laborales*, nº 39, 1996, pág. 40; así como, la importante STC 184/1990, de 15 de noviembre -RTC 1990, 184- en la que el Alto Tribunal subrayó la irrelevancia de que el fallecimiento creara o no un estado de necesidad efectivo.

una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Para poder acceder a la protección del Sistema, el legislador exigió que las uniones se hubieran formalizado al menos con dos años de anticipación al fallecimiento, bien mediante la inscripción en un registro de parejas de hecho, o bien mediante documento público en el que constara la constitución de la pareja. En la regulación originaria, se condicionó la protección a la existencia de una relación de dependencia económica entre las partes anterior al fallecimiento, o a la acreditación de una situación de necesidad posterior al mismo<sup>10</sup>.

Como se puede deducir de este concepto, en una primera etapa la pensión se limitó a aquellas relaciones de convivencia que estuvieran vigentes en el momento del fallecimiento del causante. Por ello, durante años, las relaciones de hecho que hubieran concluido antes del óbito no podían acceder, en ningún caso, a la protección del Sistema.

Sin embargo, en los últimos meses, la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha modificado la redacción del actual artículo 221 de la LGSS para, de un lado, alterar levemente el concepto de pareja de hecho, y de otro, eliminar los requisitos de carácter económico que hasta ahora limitaban el acceso a la pensión. En el tema que se trata en estas páginas, la reciente Ley ha alterado la regulación originaria para, a partir de su entrada en vigor, extender la protección a aquellas relaciones que se hubieran extinguido por decisión de uno o los dos miembros de la pareja con anterioridad al fallecimiento del causante. Ahora bien, en estos casos la prestación se condiciona al cumplimiento de ciertas condiciones que tratan de poner de manifiesto la persistencia, hasta esa fecha, de una relación de dependencia económica respecto al causante que es la que, también ahora, se quiere atender con el reconocimiento de la prestación social.

Efectivamente, además del requisito común a los supuestos de separación y divorcio de que no se haya constituido una nueva pareja de hecho, ni se haya contraído matrimonio, en la redacción actual del segundo párrafo del artículo 221. 3 de la LGSS se exige, literalmente: *“que la persona superviviente sea acreedora de una pensión compensatoria y que ésta se extinga con motivo de la muerte del causante. La pensión compensatoria deberá estar determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja otorgado en documento público, siempre que para fijar el importe de la pensión se haya tenido en cuenta la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil”*.

Como puede fácilmente observarse, el legislador ha acudido al artículo 97 del Código civil para, en un afán de equiparar las parejas de hecho al matrimonio también en este aspecto, exigir en los casos de disolución de una pareja de hecho el mismo requisito que, como ya se ha visto, se ha venido exigiendo en los últimos años para acceder a la pensión en los supuestos de separación y divorcio. Pero la aplicación de este mismo requisito cuenta con problemas añadidos de difícil solución práctica.

---

<sup>10</sup> En este sentido, se ha venido considerando que el miembro superviviente de una pareja de hecho dependía económicamente del causante en vida de éste, cuando acreditara *“que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por 100 de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo. Dicho porcentaje será del 25 por 100 en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad”*. Como seguía diciendo el mismo precepto, si no existía o no se podía demostrar la existencia de esa relación de dependencia económica anterior al fallecimiento, *“también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el periodo de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente”*.

Primero, porque, como se sabe, no existe ninguna norma estatal (lógicamente, de orden civil) en la que se disponga un concepto común y un régimen jurídico unitario de las parejas de hecho aplicable en todo el territorio. Por el contrario, la asunción de competencias normativas, en este tema, por las Comunidades Autónomas permite la coexistencia de una pluralidad de leyes autonómicas<sup>11</sup> en las que aparecen distintas definiciones de pareja de hecho (aunque, lógicamente, dichas normas presentan importantes elementos comunes, se observan diferencias significativas en los conceptos que aparecen en unas y otras) así como, una notable diversidad de regímenes jurídicos que se diferencian tanto en las normas aplicables mientras dure la relación, como en las disposiciones que regulan las consecuencias de la disolución del vínculo.

Un segundo problema proviene de la inaplicación a las parejas de hecho de las normas previstas para el matrimonio (como no podía ser de otra manera). En este sentido, los tribunales se han pronunciado en multitud de ocasiones en contra de la aplicación de la analogía en aquellos casos en los que los particulares se han empeñado en extender las previsiones dispuestas en el ordenamiento jurídico para regular las relaciones conyugales a los problemas que se suscitan entre los miembros de una pareja no matrimonial. En este aspecto se ha dicho, con razón, que no se puede aplicar la regulación del matrimonio a quienes, consciente y voluntariamente, no han contraído un vínculo de esa naturaleza para evitar la aplicación de los derechos y obligaciones que del mismo se deducen.

Por ello, como se dice expresamente en muchas leyes autonómicas (y como resulta de aplicación, aunque no se diga nada al respecto) las relaciones entre los miembros de esa unión se desarrollarán en los términos que ellos mismos, libremente, hayan acordado. En este sentido, se ha de recurrir al principio de libertad de pactos previsto en el art. 1255 del Código civil para darle validez a todos los acuerdos concluidos por las partes que no sean contrarios a las leyes, la moral y el orden público. No obstante, al margen de los pactos que se pueden suscribir, en la mayoría de las leyes autonómicas aparecen previsiones en las que se ordenan algunos de los aspectos de las relaciones personales y patrimoniales que se generan entre los miembros de la pareja.

Con este panorama, es lógica la existencia de una notable disparidad jurídica en la determinación de los efectos que derivan de la ruptura de las parejas de hecho. Del análisis de estas normas se deduce, de un lado, la ausencia de norma alguna en la que expresamente y con ese nombre se disponga el obligado reconocimiento de una pensión compensatoria

---

<sup>11</sup> Las CCAA que han aprobado sus propias leyes de parejas de hecho son: ANDALUCÍA (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho); ARAGÓN (Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas); ASTURIAS (Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables); BALEARES (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables); CANARIAS (Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias); CANTABRIA (Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria); EXTREMADURA (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura); MADRID (Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Madrid); MURCIA (Ley 7/2018, de 3 de julio, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia) y el PAIS VASCO (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho). Aunque la Comunidad Valenciana hace años que aprobó la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana, con posterioridad, buena parte de su articulado ha sido anulado por la STC 110/2016, de 9 de junio. Hay otras CCAA con un Derecho Civil propio en el que se contiene una regulación específica de las parejas de hecho; es lo que sucede en CATALUÑA con la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro 2º del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia y en NAVARRA con la Ley 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. En GALICIA, la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, extiende a las parejas de hecho los derechos y obligaciones que se reconocen al matrimonio (previsión, en mi opinión, de dudosa legalidad). También hay otras CCAA como la de Castilla-León, Castilla-La Mancha y la Rioja, en las que no hay una ley de parejas de hecho, aunque sí normas que regulan el Registro de Parejas de hecho, en las que se define este concepto y se prevén algunos de los aspectos de su régimen jurídico.

a favor del miembro de la pareja que haya sufrido un desequilibrio económico como consecuencia de la resolución del vínculo. No obstante, y aunque en ninguna ley autonómica se utilice esa denominación, sí hay varias en las que expresamente se prevé el pago de una contraprestación económica que tiene la misma razón de ser<sup>12</sup>. Junto a éstas, también se encuentran otras leyes autonómicas en las que se habla exclusivamente de las “compensaciones económicas” que procedan en caso de disolución de la pareja<sup>13</sup>, e incluso, otras, en las que no se prevé consecuencia alguna para los supuestos de extinción del vínculo<sup>14</sup>.

Por esta razón, causa extrañeza que en la Ley 21/2021 se supedite el reconocimiento de la pensión de viudedad en los casos de resolución de una pareja de hecho a la previa atribución de una pensión compensatoria que no está prevista en ninguna norma, ni estatal ni autonómica. Por ello, a mi juicio, el pago de la pensión de viudedad sólo procede claramente cuando las partes hayan pactado el pago de una pensión con ese nombre. Pero como en Derecho no hay respuestas definitivas, en cualquier otro caso, todo depende de la interpretación que se haga de las normas. En esta cuestión, entiendo que se ha de optar por una interpretación finalista que permita extender la misma consecuencia a los individuos sujetos a aquellas leyes autonómicas en las que se disponga el pago de una compensación económica a favor de una de las partes cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial que haya generado el enriquecimiento injusto de uno de ellos y el perjuicio del otro; entiendo que, aunque no se le dé esa denominación, se trata de una contraprestación civil que tiene el mismo fundamento que la pensión compensatoria y, por ello, han de generarse las consecuencias que de la misma se prevé en orden al reconocimiento de una pensión de viudedad. Para sustentar esa interpretación, se podría alegar la doctrina contenida en las resoluciones del Tribunal Supremo señaladas para afirmar que lo importante no es tanto el nombre, como la naturaleza de la contraprestación que una parte abona a la otra. Es más, en atención a dicha doctrina, se podría incluso extender el beneficio a todos aquellos territorios en los que se prevé, a la extinción de la relación, escuetamente, el pago de una compensación económica, cuando en el caso concreto esa contraprestación tenga el objetivo señalado (esto es, compensar el desequilibrio económico generado por la relación de convivencia).

Pero en algunas leyes autonómicas también se puede encontrar una pensión civil singular, con un fundamento distinto, a favor del miembro de la pareja que, tras la ruptura, necesite una ayuda económica para atender adecuadamente a su sustento. Se trata de una contraprestación distinta a la anterior que, en todos los casos, se condiciona bien a que la unión hubiera mermado la capacidad del solicitante de obtener ingresos, o bien, a que el cuidado de los hijos comunes le impidiera o dificultara la realización de actividades laborales. Aunque no se le denomine así expresamente, se trata claramente de una pensión

<sup>12</sup> Así sucede, por ejemplo, en la Ley aragonesa donde se dice que: “*En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado (...)*”. En el mismo sentido se pronuncian las leyes de Cantabria, Baleares, Cataluña, Extremadura y Navarra (en esta última se prevé, en estos términos, una regulación que sólo será aplicable en defecto de acuerdo entre las partes). En otras leyes, como la andaluza, la madrileña y la vasca, se prevé la posibilidad de que en los pactos por los que las partes pueden regir sus relaciones económicas durante la convivencia, así como, determinar la liquidación tras el cese, se acuerde una compensación económica en estos mismos términos. En estos casos, el efecto no es inmediato y obligatorio (ex lege) sino que sólo se aplica cuando las partes lo hayan acordado así.

<sup>13</sup> En la Ley asturiana y en la Ley canaria se prevé la posibilidad de que las partes acuerden, sin más, una “compensación económica” en el documento en el que regulen la convivencia y los efectos de la disolución de la pareja. En la Ley del País Vasco, se alude a esa misma compensación económica como una de las cláusulas generales a las que las partes se pueden adherir cuando no suscriben su propio pacto.

<sup>14</sup> Es el caso de la Ley de parejas de hecho de Murcia.

alimenticia que, en estas leyes autonómicas, se dispone a favor del miembro de una pareja de hecho extinta que lo necesite por encontrarse en una situación de precariedad económica justificada por las razones dichas<sup>15</sup>. Una pensión inexigible en aquellos territorios autonómicos en cuyas leyes no se disponga nada al respecto (porque, como ya se ha visto, en el Código civil estatal no se prevé obligación de alimentos alguno entre los miembros de las parejas de hecho).

En este aspecto, se ha de plantear si se tiene o no derecho a la pensión de viudedad en los casos de parejas de hecho disueltas antes del fallecimiento del causante cuando el miembro superviviente haya estado recibiendo este tipo de contraprestación económica (no una compensación por desequilibrio económico sino una ayuda para su sustento). En mi opinión, la aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta permite decir que, si la finalidad de la pensión de viudedad es atender la relación de dependencia económica del miembro supérstite respecto al causante del derecho, se ha de proceder a su reconocimiento sea cual sea el tipo de ayuda que el segundo le hubiera estado abonando al primero hasta la fecha del fallecimiento, incluyendo en este concepto, también, dicha ayuda para el sustento del miembro de la pareja supérstite.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

Para acabar estas páginas, ha de volver a cuestionarse la idoneidad de la pensión compensatoria como condición a la que se supedita el reconocimiento del derecho a la viudedad en los casos de ruptura de una pareja (matrimonial o no matrimonial). En mi opinión, si el fundamento de la pensión social es la cobertura de una relación de dependencia económica, resulta procedente la aplicación de un requisito que pone de manifiesto la pervivencia de dicha relación en la fecha del fallecimiento del causante; si no hay ningún tipo de vínculo económico, no tiene sentido que el Estado asuma el pago de una prestación social cuando cese toda relación entre las partes. Cosa distinta es si la pensión compensatoria es la más adecuada, en tanto que, como se ha visto, primero, puede ser una prestación puntual o de carácter temporal que ya se haya abonado antes del fallecimiento; segundo, sólo compensa la situación de desequilibrio económico que se haya generado por los hechos acontecidos mientras existía el vínculo, sin atender la situación en la que pueda quedar el superviviente; y tercero, porque en los casos de parejas de hecho, en principio, no se reconoce una pensión compensatoria salvo cuando las partes así lo hayan acordado. A todo ello, se puede unir la confusión con la que se pueden regular los términos en los que se ha de desenvolver la relación de pareja a la extinción del vínculo.

Por estas razones, sucintamente explicadas, el Tribunal Supremo ha venido realizando una interpretación teleológica del requisito para extender el beneficio a todo aquel que viniera recibiendo una pensión civil del causante, fuera cual fuera el nombre asignado, e incluso, su naturaleza. Pero, en mi opinión (como se dice en los votos particulares adjuntos a las primeras sentencias) se trata de una interpretación un tanto voluntarista en la que el Tribunal se aparta del sentido de las palabras que el legislador, expresa y conscientemente, ha utilizado. Por ello, hubiera sido pertinente un cambio legislativo

---

<sup>15</sup> En el Código civil de Cataluña se le denomina expresamente "prestación alimentaria". Dicha ayuda para el sustento, en los términos arriba indicados, aparecen previstos en las leyes de Aragón, Cataluña e Islas Baleares. En la Ley del País Vasco, también se reconoce esta pensión alimenticia como una cláusula general a la que adherirse a falta de un pacto expreso.

en el que se hubiera sustituido ese concepto por cualquier otro que reflejara la previa existencia de un vínculo económico entre las partes. Por lo dicho, no se entiende bien que, lejos de ese cambio, el legislador haya optado por repetir el mismo requisito cuando ha decidido extender el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho que se hubieran resuelto antes del fallecimiento del causante. A mi juicio, tendría que haber aprovechado la reforma legal para aplicar una condición distinta en ambos supuestos.

En fin, desde un punto de vista más amplio, he de concluir estas páginas con la misma observación que he venido reiterando en estudios anteriores de esta pensión, esto es, la cuestionable permanencia de una prestación que se basa en un esquema social que ha variado sensiblemente en los últimos cuarenta años, cuyo fundamento es la constatación de un vínculo formal (como es el matrimonio o las relaciones de hecho registradas) y la existencia de una relación de dependencia económica entre ambas partes. En mi opinión, constituye una prestación basada en la generación de derechos derivados, propios de una situación de desigualdad o subordinación, que habría de ser sustituida por otras fórmulas de protección de las que sean directamente beneficiarios los propios individuos.



**INCIDENCIA EN ESPAÑA DE LA DIRECTIVA 2019/1158, DE  
CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL, EN LA  
IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES**

*Lo que es el maestro, es más importante que lo que enseña  
(Karl A. Menninger)*

MARÍA DOLORES VALDUEZA BLANCO

*Prof. Titular Visitante Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NECESARIA E INAPLAZABLE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LOS CUIDADOS EN LA SOCIEDAD DEL SIGLO XXI
3. LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL MERCADO DE TRABAJO: PASOS CLAVES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUPRANACIONAL
4. LA DIRECTIVA 2019/1158 RELATIVA A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES
5. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL



## 1. INTRODUCCION

El 12 de julio de 2019 se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio 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 (desde ahora, Directiva 2019/1158) cuya transposición, de conformidad con su art. 20, será llevada a cabo a más tardar el 2 de agosto de 2022.

En la mencionada Directiva se señala que *“las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios”* (Considerando n.º 6). Frente a esta aseveración, con la que es fácil estar de acuerdo, debe advertirse que si dichas políticas no incluyen instrumentos que aboguen por la corresponsabilidad, los resultados conducirán a que sean las mujeres las que se perpetúen en su recurrente rol de cuidadoras. Por ello, conviene adelantar que la nueva Directiva no es todo lo avanzada que sería deseable en orden al diseño de permisos iguales e intransferibles, que son los que verdaderamente conducen a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Tampoco aborda en profundidad el problema de los cuidados desde una perspectiva tan amplia como exige la sociedad del siglo XXI, esto es, no solo teniendo en cuenta a los hijos e hijas, que también, sino a las personas mayores y a las dependientes. Ahora bien, en todo caso se trata de una normativa de mínimos para el espacio de la Unión Europea (UE) que, como es sabido, en esta materia cuenta con una especial diversidad normativa entre los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro.

En cuanto al objeto de estudio de este trabajo, esto es, la incidencia que puede suponer su transposición en el ordenamiento jurídico español, por un lado se analizarán aquellos permisos que ya se encuentran recogidos en nuestras disposiciones –en algunos casos, incluso, con un régimen jurídico muchísimo más avanzado, como sucede con el de paternidad-; por otro, se estudiarán los permisos que aún están ausentes (por ejemplo el de cuidadores) y, por ello, deben ser incorporados; y, finalmente, se abordarán los permisos que, aunque ya se encuentran recogidos en nuestra normativa, deben mejorar su régimen jurídico, como sucede con el parental.

## 2. LA NECESARIA E INAPLAZABLE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LOS CUIDADOS EN LA SOCIEDAD DEL SIGLO XXI.

Durante un largo periodo de tiempo de la historia, los cuidados no representaban ningún problema para las comunidades porque eran realizados directamente por las mujeres en el rol que desempeñaban en ese modelo de familia, en que existía una rígida división entre la vida *productiva* y la *reproductiva*, que es de sobra conocido. Ciertamente, hasta la incorporación de las mujeres al sistema productivo las funciones del cuidado no se cuestionaban; la mujer como *“ángel del hogar”* –según el discurso de la sociedad decimonónica- debía ocuparse de ellas. El asunto se complica con su incorporación al mercado de trabajo pues este estereotipo se mantiene en el inconsciente colectivo y genera una especie de esquizofrenia en la mujer trabajadora en tanto que tiene que cumplir con las obligaciones concernientes al contrato de trabajo sin soslayar las que

“*le corresponden*” como cuidadora del hogar, dando lugar - como es previsible – a que viva en una situación de elevados niveles de estrés y frustración. Por ello, su verdadera liberación tiene que venir del tránsito al escenario de la corresponsabilidad, sólo en este punto en el que el cuidado sea responsabilidad de los dos progenitores, de la familia e incluso del propio sistema social del Estado -que pone a disposición de las familias mecanismos de colaboración en el cuidado- se puede dar un paso decisivo en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Paso que, incluso, cuesta dar a las propias mujeres después de haber sido socializadas durante tanto tiempo en las labores de cuidado. En este sentido, resulta relevante el hecho de que una de las causas de motivación de las mujeres para acceder a un empleo público sea precisamente la protección en materia de conciliación, poniendo con ello de manifiesto un problema que sigue latente en el propio colectivo femenino.

Por las razones expuestas, parece necesario superar la atribución del rol de cuidadora a las mujeres – como una especie de *don genético* en vez de lo que realmente es, un proceso de socialización– y pensar cómo debe afrontarse el problema de los cuidados en el siglo XXI; una época presidida por largas jornadas de trabajo, una competitividad que deja exhaustas a las personas trabajadoras, una significativa inestabilidad laboral, una carrera laboral cada vez más larga, y, en definitiva, una realidad que precisa, más que nunca, de la corresponsabilidad que ya se ha señalado. En este sentido, piénsese que, como señala Naciones Unidas (NU), el envejecimiento de la población está a punto de convertirse en una de las transformaciones sociales más significativas del siglo XXI, con consecuencias para casi todos los sectores de la sociedad, entre ellos, el mercado laboral y financiero y la demanda de bienes y servicios (viviendas, transportes, protección social, etc.), así como para la estructura familiar y los lazos intergeneracionales. Se viven más años: cierto; pero al llegar a lo que viene denominándose cuarta edad, que se sitúa en torno a los 80 años, se suele empezar a precisar de toda una infraestructura de cuidados que, incluso, aunque se trate de pensionistas con elevados recursos difícilmente pueden afrontarse cuando alcanzan niveles de dependencia severa. Asimismo, debe prestarse una especial atención al proceso de crianza de los niños: a las necesidades de acompañarlos, de alimentarlos, de educarlos y de procurarles una formación integral, como exige el art. 154 de nuestro Código Civil. Todo ello, sin olvidar que las personas con discapacidad requieren cuidados todavía más especiales y a los que es necesario dedicar aún más tiempo y esfuerzos. El desempeño de estas labores ha recaído sobre las mujeres, motivando las desventajas sociales que se han expuesto y que, además, generan en muchas de ellas una doble desigualdad, la que se debe a su género, por un lado, y la que es motivada por su pertenencia a una clase social, por otro; pues no debe olvidarse que ante los mismos estereotipos sociales sólo algunas pueden sobrellevar esa carga a través de la externalización, tanto de las labores domésticas como de los cuidados de los hijos e hijas y familiares.

Pero no solo se trata de la superación de los estereotipos como elemento de justicia sino como mecanismo de igualdad en el propio mercado de trabajo. Es evidente que los trabajos de cuidado no tienen un elevado valor añadido en el mercado -aunque, como señala OXFAM, sea el motor que mantiene el funcionamiento de nuestras economías, empresas y sociedades- y ello afecta a la brecha salarial de género en tanto que esos estereotipos se manifiestan en los factores que la integran, como es la segregación horizontal y vertical, la desigualdad retributiva en trabajos de igual valor, la diferencia de horas dedicadas al trabajo remunerado respecto a las empleadas a la vida familiar, por poner solo unos ejemplos. Cuestiones económicas que afectan, al final, a su empoderamiento porque si la remuneración laboral es inferior a la de los hombres, la decisión de reducir su tiempo de trabajo supondrá un menor coste dinerario para la familia; lo que, a su vez, retroalimentará su opción de desempeñar el papel de cuidadora.

Por tanto, si realmente se está de acuerdo en que la meta a alcanzar es la igualdad efectiva entre hombre y mujeres, profundizar en más medidas conciliadoras y no corresponsables no supone un avance para las mujeres sino un estancamiento en un modelo que ya se sabe que no funciona para esos fines, al absolver a los hombres y a la propia sociedad de la asunción que les corresponde en la resolución inaplazable del problema de los cuidados.

### **3. LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL MERCADO DE TRABAJO: PASOS CLAVES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUPRANACIONAL**

Contra estos estereotipos que, como se ha señalado, afectan a las mujeres en el mercado de trabajo, se viene combatiendo tanto en el marco internacional como en el de la Unión europea (UE). No se puede negar que se han producido consistentes avances, pero, como todos los derechos humanos, conviene estar siempre vigilantes frente a posibles retrocesos que, como la Historia pone de manifiesto, se pueden llegar a producir. Sin ánimo de exhaustividad y solo a los fines de realizar una breve aproximación, sobre todo por la relevancia que tiene la actual Agenda 2030 de NU y la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 de la UE, se propone este breve resumen de los aspectos más significativos en uno y otro espacio.

#### **3.1. De la Declaración Universal de Derechos Humanos a la Agenda 2030**

En el ámbito de NU, conviene recordar que en el año 1948 se aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la que se afirma que *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*. Casi dos décadas más tarde, en 1967, los Estados miembros de NU aprobaron la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; ya en 1979, su Asamblea General aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981. Asimismo, NU ha organizado cuatro conferencias mundiales sobre la mujer, que se celebraron en Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995). La última marcó un importante punto de inflexión para la agenda mundial de igualdad de género y su Declaración y Plataforma de Acción constituye un programa en favor del empoderamiento de la mujer que, además, contempla una serie de exámenes quinquenales. Al final de este breve recorrido -teniendo en cuenta que los superados Objetivos de Desarrollo del Milenio también promovían en el n.º 3 *la igualdad entre géneros y la autonomía de la mujer*- se llega a la actual Agenda 2030 que, en su Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) n.º 5, impulsa el compromiso de la comunidad internacional para el logro de la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas y, en este sentido, ante el reto de la exclusión social, las políticas efectivas de conciliación son también un antídoto ante la pobreza (ODS n.º 1), pues permiten a más personas de familias trabajadoras conciliar y mantener sus empleos, en vez de verse obligadas a abandonar el mercado de trabajo para dedicarse a cuidar, constituyendo, por tanto, una red de protección para todas las familias.

### **3.2. De los Tratados de la Unión europea a la Estrategia para la Igualdad de Género (2020-2025)**

En el espacio de la UE la igualdad entre mujeres y hombres es clave, como pone de manifiesto el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que recoge expresamente la *igualdad entre hombres y mujeres*; además, el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) otorga a la Unión el cometido de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad en todas sus acciones, sin olvidar que la “*Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*” (art. 10). Por otro lado, estos objetivos también están consagrados en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En este marco es capital la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 que presenta actuaciones y objetivos políticos para avanzar de forma sustancial hacia una Europa con mayor igualdad de género de aquí a 2025. La meta es una Unión en la que las mujeres, los hombres, los niños y las niñas, en toda su diversidad, dispongan de libertad para seguir el camino que elijan en la vida, gocen de las mismas oportunidades para prosperar y puedan conformar y dirigir por igual la sociedad europea en la que vivimos. Los objetivos fundamentales son poner fin a la violencia de género, combatir los estereotipos de género, colmar las brechas de género en el mercado de trabajo, lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía, abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, reducir la brecha de género en las responsabilidades asistenciales y alcanzar el equilibrio entre mujeres y hombres en la toma de decisiones y la actividad política.

Centrando el estudio en la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, el art. 153.1 TFUE establece que la Unión debe apoyar y completar la acción de los Estados miembros en el ámbito de dicha igualdad por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Todo ello se materializa, grosso modo, en: a) la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Directiva 2006/54); la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma (Directiva 2010/41); la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (Directiva 2019/1158); la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de la transparencia retributiva y mecanismos para su efectivo cumplimiento (aún en estado de Propuesta de Directiva).

## **4. LA DIRECTIVA 2019/1158 RELATIVA A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES**

La Directiva 2019/1158 subraya que es consciente de que los poderes públicos deben intervenir desde dos ángulos estratégicos claves: a) de un lado, incentivando a los hombres a que asuman su responsabilidad (Considerando n.º11); b) de otro, proporcionando ayuda para el cuidado de menores, mayores y dependientes. En este segundo aspecto se indica que debe tenerse en cuenta que “*el hecho de que los hombres y las mujeres se acojan por igual a los permisos relacionados con la familia depende también de otras medidas adecuadas, como la oferta de servicios de guardería y de cuidados de larga duración*”

*accesibles y asequibles, que son fundamentales para permitir a los progenitores y a otras personas que sean responsables del cuidado de familiares, entrar y permanecer en el mercado laboral o reincorporarse a él*” (Considerando n.º12); medidas que son vitales, porque si el Estado no interviene con instrumentos de protección social solo las familias que cuenten con recursos económicos pueden llevar a cabo la externalización de las labores de cuidados.

En el art.1. se establece el objeto de la nueva Directiva, señalándose los requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional, estableciéndose, a tal fin, unos derechos individuales relacionados con: a) el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores; y, b) fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores. Todo ello, conforme se resume a continuación:

- a) Un permiso de paternidad (art. 8), que se fija en 10 días laborables, a disfrutar con ocasión del nacimiento de su hijo, para el progenitor (o, cuando esté reconocido por la legislación nacional, para un segundo progenitor equivalente). No se supedita a periodos de trabajo anteriores o a la condición de antigüedad y, además, se concede con independencia del estado civil o familiar del trabajador.
- b) Un permiso parental (art. 5) de 4 meses, que deberá disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad —como máximo ocho años—, que se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos. De dichos 4 meses, solo 2 de ellos no podrán ser transferidos. Asimismo, los Estados miembros adoptarán medidas para un ejercicio de forma flexible y un plazo razonable de preaviso, pudiendo supeditarlos a periodos de trabajo anteriores o a la condición de antigüedad (no puede exceder de un año). También, definirán las circunstancias en que el empleador puede aplazar su concesión alegando el buen funcionamiento de la empresa.
- c) Un permiso para cuidadores (art. 6) que contempla la ausencia del trabajo durante 5 días laborables al año por trabajador y cuyo ejercicio podrá estar supeditado a su adecuada justificación con arreglo a la legislación o usos nacionales.
- d) Un permiso de ausencia al trabajo por causa de fuerza mayor por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador.

Entre este permiso y el anterior no hay una diferenciación muy precisa, teniendo en cuenta que el art. 3.1.c) de la Directiva 2019/1158 al establecer las definiciones señala que el permiso para cuidadores se circunscribe a un *motivo médico grave*. De todos modos, estos espacios difusos entre ambos permisos se verán delimitados al concretarse la transposición de la Directiva.

- e) Fórmulas de trabajo flexible que establecen la necesidad de que la normativa nacional prevea, para los trabajadores con hijos hasta una edad determinada —que será como mínimo de ocho años—, el derecho a solicitarlas para atender a sus obligaciones de cuidado. Asimismo, se señala el deber de los empleadores de estudiar y atender a las solicitudes en un plazo razonable de tiempo y de justificar cualquier denegación.

De los permisos -que son los que suponen la ausencia al trabajo- la Directiva 2019/1158 solo contempla la remuneración o prestación económica para el de paternidad

y el parental. Por lo que se refiere al primero de ellos, se señala que “*garantizará unos ingresos al menos equivalentes a los que percibiría el trabajador de que se trate en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud, supeditado a cualquier límite que establezca la legislación nacional. Los Estados miembros podrán supeditar el derecho a una remuneración o a una prestación económica a periodos de trabajo previos, que no podrán superar los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de nacimiento del hijo prevista*”. Tratándose del segundo, se remite al apartado 2 del art. 5, esto es, a 2 de los meses de permiso que no pueden ser transferidos y para este periodo de tiempo señala que “*los Estados miembros o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental*”. Por tanto, el tratamiento de uno y otro permiso es bien distinto.

## 5. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

### 5.1 Aproximación a los pasos más relevantes en la igualdad entre hombres y mujeres en el ordenamiento jurídico español

Antes de abordar la incidencia de la Directiva 2019/1158 en el ordenamiento interno español, no está de más poner de manifiesto, grosso modo, los tres hitos legislativos en orden a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres:

- a) La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo toda una serie de cambios en el ámbito laboral para que los trabajadores pudieran participar de la vida familiar, avanzando en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (permisos y excedencia para conciliar la vida familiar; reducción de jornada, adecuación del procedimiento laboral para garantizar el ejercicio libre de estos derechos, etc.). Sin embargo, aunque la ley se refería a trabajadores (hombres y mujeres), lo que se constataba es que eran finalmente las mujeres las que llevaban a cabo los mayores esfuerzos en la conciliación;
- b) La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece de manera multidisciplinar los criterios de orientación de las políticas públicas en materia de educación, cultura y sanidad. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, dándose pasos muy significativos en orden al permiso de paternidad, los planes de igualdad, etc.;
- c) El RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, incorpora “*medidas correctoras que persiguen fomentar su utilización por los hombres*”. Para su consecución elimina la atribución preferente de derechos de conciliación de titularidad exclusiva o preferentemente femenina a favor de la regulación de derechos de titularidad individual para cada progenitor, sin posibilidades de transferencia; profundiza en los planes de igualdad; en la brecha salarial; en el registro y en la flexibilidad de la jornada, llevando a cabo

las correspondientes modificaciones en 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 (desde ahora, ET) y en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social ( a partir de aquí, LGSS).

Así las cosas, la situación actual en el ordenamiento jurídico español en orden a los dos bloques que se recogen en la Directiva 2019/1158, grosso modo, es el siguiente:

	Directiva 2019/1158	Ordenamiento Jurídico Español
Permisos	Paternidad (hijos/hijas). Art.4 -Duración: 10 días -Remuneración o prestación económica	Nacimiento y cuidado de un menor - Protección Sistema SS. (art.177 LGSS) - Permiso 16 semanas: igual, individual e intransferible
	Parental (hijos/hijas). Art. 5. -Disfrute antes de que el hijo alcance como máximo ocho años. -Duración 4 meses -Remuneración o prestación económica	El art.46.3 ET recoge la excedencia por cuidado de familiares. <i>Pendiente de transposición: elevar la edad de los hijos (ahora solo hasta los 3 años) y articular la remuneración o prestación económica.</i>
	Cuidadores (familiares). Art. 6. -Ausencia del trabajo durante 5 días laborables al año por trabajador	<i>Pendiente transposición.</i>
	Ausencia al trabajo. Art. 7 -Por causa de fuerza mayor, motivos familiares urgentes (enfermedad o accidente) que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador	El art. 37.3 ET ya recoge una serie de motivos por los que el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración.
Tiempo de trabajo	Fórmulas trabajo flexible.Art.9 (progenitores y cuidadores) -Hasta que los hijos/hijas tengan 8 años)	Art. 38.8 ET.: adaptaciones de la duración y distribución de la jornada (hasta que los hijos/hijas tengan 12 años)

Fuente. Elaboración propia

Como puede observarse, una gran parte del contenido de la Directiva 2019/1158 ya se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico interno y, en algunos casos –como sucede con el permiso de paternidad- se superan los mandatos que en la misma se establecen. Por ello, tratándose de España, ya se puede hacer un análisis de algunas de estas medidas, como es el caso de las fórmulas de trabajo flexible que vienen a confirmar, desgraciadamente, que son utilizadas mayoritariamente por las mujeres<sup>1</sup>, siendo por ello mecanismos de conciliación y no de corresponsabilidad<sup>2</sup>. De ahí que haya surgido un interesante debate sobre si es lícito (en caso de desacuerdo entre el empleador y la trabajadora) condicionar

<sup>1</sup> Véase el informe de Cuatrecasas «España/ Gestión de la adaptación de jornada: Claves tras dos años del nuevo art. 34.8 ET y retos» (<https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/gestion-adaptacion-jornada-claves-tras-dos-anos-nuevo-art-34-8-retos-pospandemia>). También puede consultarse la Revista de la Seguridad Social (<https://revista.seg-social.es/-/el-permiso-por-nacimiento-y-cuidado-de-menor-sera-de-16-semanas-para-ambos-progenitores-a-partir-de-enero>) que señala que “de cada 10 personas que solicitan excedencias por cuidado de hijo/a, menor acogido o familiar, entre ocho y nueve son mujeres. En concreto, de las 43.855 excedencias solicitadas, el 87,6% las han pedido mujeres” (31.12.2020).

<sup>2</sup> “La atribución exclusiva a la madre de ciertos derechos que van más allá de la tutela del hecho biológico y de la salud de la madre suponen, en la práctica, aceptar que es la madre quien ha de ocuparse de ciertos roles, pues así ha sido siempre en nuestras sociedades; pero esta afirmación es contraria a una efectiva igualdad de oportunidades, pues con ello se lastra la proyección profesional de la mujer”. Gorelli Hernández, J., Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad. Revista Femeris.vol.7. n.º 2, pp.10-43.

la concesión de la jornada flexible al hecho de que el otro progenitor –como regla general, el hombre– pueda desempeñar las funciones de cuidado<sup>3</sup>.

Sin restar importancia a las fórmulas de trabajo flexible y a los permisos de ausencia por fuerza mayor (que pueden encuadrarse en la redacción del art. 37.3 ET) y de cuidadores (aun inexistente en la legislación laboral española<sup>4</sup>) interesa centrar esta última parte del trabajo en los dos permisos más relevantes, cuantitativa y cualitativamente: el de paternidad y el parental, centrandolo en el análisis en la posible contribución a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres

## 5.2. Incidencia de la Directiva 2019/1158 en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres

Conviene advertir que el art. 8 de la Directiva 2019/1158, al exigir que tanto el permiso de paternidad como el parental cuenten con una remuneración o prestación económica, está estableciendo unos niveles mínimos de protección en todo el espacio de la UE<sup>5</sup>. Ahora bien, esos mínimos pueden ser superados y mejorados por las legislaciones internas de dicho Estados.

Por lo que se refiere al permiso de paternidad (arts. 4 y 8 de la Directiva 2019/1158), su remuneración o prestación económica está inspirada en el permiso de maternidad de la Directiva 92/85, como subraya destacada doctrina<sup>6</sup>, que regula una serie de permisos de las mujeres trabajadoras como son el de riesgo durante el embarazo y de la lactancia natural, los cheques prenatales y los de maternidad de como mínimo 14 semanas, cuya retribución debe ser al menos la prevista para los supuestos de enfermedad. Ahora bien, mientras que el de maternidad son 14 semanas el de paternidad son sólo diez días laborables, perdiéndose con ello la oportunidad –como han puesto de manifiesto solventes estudios<sup>7</sup>– no solo de alcanzar las ventajas de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, que también, sino las que suponen una mayor implicación de los hombres en los cuidados en los primeros momentos de la vida de los hijos<sup>8</sup>. Finalmente, como ya se ha señalado, este permiso en España está superado en todos sus extremos, tras la promulgación del RD Ley 6/2019. No obstante, en el espacio de la UE para muchos Estados miembros supone un avance muy significativo.

En cuanto al permiso parental, puede ser disfrutado por un progenitor u otro -aunque caben transferirse 2 de los 4 meses-, por lo que es fácil de prever, según los estudios que se vienen realizando<sup>9</sup>, que será disfrutado más por las mujeres que por los hombres,

<sup>3</sup> Sobre este tema puede consultarse Agustí Maragall, J., < El derecho de adaptación de jornada ex art. 38.4 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento>. *Revista Jurisdicción Social*. n.º 199. Abril, 2019. pp.16-36.

<sup>4</sup> En España se está debatiendo sobre su duración (7 días ampliable a 9 días, si fuere preciso el desplazamiento a otra Comunidad autónoma) e, incluso, sobre su posible retribución.

<sup>5</sup> En este sentido, como se señala en el art. 1 “*La presente Directiva establece requisitos mínimos, ofreciendo así a los Estados miembros la posibilidad de introducir o de mantener disposiciones más favorables a los trabajadores*”. Véase European Parliament: *Maternity and paternity leave in the EU*. March.2022. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/698892/EPRS\\_ATA\(2022\)698892\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/698892/EPRS_ATA(2022)698892_EN.pdf)

<sup>6</sup> RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., De la tutela de la mujer trabajadora a la corresponsabilidad: aportaciones desde el derecho de la Unión europea. *Revista Dirittifondamentali.it* <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/06/Escanciano-De-la-tutela-de-la-mujer-trabajadora-a-la-corresponsabilidad.pdf>.

<sup>7</sup> AAVV., *Dossier jornada formativa. Conciliar también es masculino: mejores prácticas de empresas en España y en Europa. Men in care* (Proyecto europeo, marzo 2019-septiembre 2022). Workplace Support for Caring Masculinities. Fundación 1º de Mayo/ UNED. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología.

<sup>8</sup> Así se expone en el Considerando n.º 30, al señalar que “*el derecho al permiso de paternidad y al de maternidad tiene objetivos similares, es decir, crear un vínculo entre el progenitor y el niño*”.

<sup>9</sup> Puede consultarse: [https://closinggap.com/wp-content/uploads/2020/09/Informe\\_Empleo\\_compressed.pdf](https://closinggap.com/wp-content/uploads/2020/09/Informe_Empleo_compressed.pdf)



siendo por ello una medida más de conciliación que de corresponsabilidad. No obstante, un avance significativo es el acceso a su disfrute de las personas trabajadoras con menos recursos, en tanto que ahora, al menos una parte de su coste no será a cargo de la persona trabajadora<sup>10</sup>, sino que contará con una remuneración o prestación económica. Cuestión bien distinta es el contenido de dicha prestación, pues a diferencia del permiso de paternidad no se establece una garantía retributiva mínima.

En este permiso parental, cuyo concepto puede encajarse en el art. 46.3 ET, que recoge la excedencia por cuidado de familiares, debe elevarse la edad de los hijos/as (el ET solo lo contempla hasta la edad de tres años) y, asimismo, habrá de articularse la remuneración o prestación económica, a que se ha aludido. Para ello, según destacada doctrina<sup>11</sup>, el legislador podría adaptarse a las exigencias de la Directiva 2019/1158, a través de dos posibilidades: de un lado, articulando un permiso *ex novo* para dar respuesta a las previsiones de la Directiva en relación con el permiso parental, que se adicione a los ya existentes en nuestro ordenamiento; de otro, impulsando cambios en la regulación de la excedencia por cuidado de hijo para atender a los requerimientos de la Directiva, siendo el ajuste más significativo –como es fácil de entender– el que corresponde a que sea remunerado durante su disfrute “*sin que pueda entenderse como retribución, a estos efectos, el beneficio actualmente aplicable de considerar el período de excedencia como cotizado de cara a futuras prestaciones de la Seguridad Social*”. Otra opción es la articulación de una modalidad especial, dentro de las excedencias voluntarias por cuidados de familiares que recoge el art. 46.3 ET, en tanto que la nueva Directiva solo se refiere a los hijos/as –no al resto de familiares– y, además, solo para estos casos contempla la remuneración o prestación económica en los 2 primeros meses.

A modo de conclusión, como el propio TJUE explica “*la concesión a las mujeres de derechos vinculados a la crianza de los hijos e hijas puede tener efectos negativos, al contribuir a perpetuar roles y estereotipos de género que mantienen a los hombres en una función subsidiaria respecto a las funciones parentales*”<sup>12</sup>, dando lugar a toda una serie de desigualdades en la sociedad en general y en el mercado de trabajo en particular. Por tanto, es imprescindible que se articulen mecanismos que obliguen a los hombres a asumir las responsabilidades de cuidados que les corresponden – como también al propio Estado – en orden a que entre todos se participe en la solución de uno de los problemas más importantes del siglo XXI, como es el de responsabilizarse de los cuidados de los menores, los mayores y los dependientes.

---

<sup>10</sup> *La remuneración es un aspecto importante, por cuanto es un elemento que condiciona especialmente el que los padres, que habitualmente son la fuente principal de ingresos familiares, accedan al disfrute de este permiso.* López Álvarez, M.J., La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español. *Revista Femeris*. Vol7.n.º 2. pp 64-85.

<sup>11</sup> Ballester Pastor, M.A., De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español. *Derecho de las relaciones laborales* n.º 11. 2019. pp. 1009-1132.

<sup>12</sup> Pueden consultarse: STJUE 30 septiembre 2010, C-104/09 (Caso Rocas Álvarez) y STJUE 30 septiembre 2010, C-104/09 (Caso Maïstrellis).

## **LOS SUBSIDIOS DE DESEMPLEO: ¿CONDENADOS A DESAPARECER?<sup>1</sup>**

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

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

Universidad de León

### SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. REQUISITOS COMUNES DE ACCESO: EN PARTICULAR, LA ACREDITACIÓN DE LA POBREZA
3. MÁS DUDAS QUE CERTEZAS: ¿ES NECESARIO MANTENER TODOS LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO?
4. LAS DISTINTAS DURACIONES DE LOS SUBSIDIOS
5. LA CUANTÍA DEL SUBSIDIO
6. CONCLUSIONES

---

<sup>1</sup> Investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación LE013P20 de la Junta de Castilla y León “La prestación de servicios socio-sanitarios en el ámbito rural de Castilla y León: apostando por un bienestar integral”.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico español, durante largo tiempo y hasta la aparición del ingreso mínimo vital<sup>2</sup>, la escasa protección contra la pobreza que existía (entendiendo por tal un escudo general y no vinculado al territorio) la otorgaban los subsidios de desempleo<sup>3</sup>. En la actualidad, su importancia no ha decrecido, al menos en términos cuantitativos, en tanto se están percibiendo un total de 1.044.689 prestaciones no contributivas por desempleo, lo que supone una cobertura del 2.23% de la población<sup>4</sup>.

El diseño del modelo legal de estos subsidios ha merecido el calificativo de complejo, selectivo, supletorio, inarticulado, híbrido, multinivel, inestabilidad permanente y reformado sucesivamente a semejanza de una prestación “frankenstein”<sup>5</sup>.

En primer lugar, ciertamente resulta “complejo”, dado que existe en efecto una articulación formal entre un sistema contributivo y un ámbito asistencial imperfecto que, en “algunos casos aparece como una prolongación y extensión del nivel contributivo y en otros, los menos, adquiere los rasgos típicos de un nivel asistencial puro o estricto”<sup>6</sup>.

También resulta “selectivo de las situaciones de necesidad”<sup>7</sup> y “supletorio” de las carencias del contributivo, “para alargar o ampliar la cobertura de la Seguridad Social de quienes, bien han agotado la prestación contributiva, bien no reúnen el periodo mínimo de carencia para obtenerla”<sup>8</sup>. Su naturaleza es “híbrida”<sup>9</sup>, según jurisprudencia consolidada: “entre asistencial y contributiva que rebasa ampliamente los límites de una mera asistencia social”<sup>10</sup>. Y, para mayor complejidad, se ha incorporado posteriormente “un tercer nivel de tipo asistencial de una renta activa de inserción socio profesional que integra y se combina con los dos primeros niveles de protección social clásicos”<sup>11</sup>.

Como corolario, el sistema ha sido objeto de “múltiples y sucesivas reformas” a modo de aluvión, pero sin afrontar “una reforma en profundidad del sistema, en su propia configuración, en la identificación de la funcionalidad que esta protección debe cumplir en el marco de las nuevas formas de empleo”<sup>12</sup>. La única constante perdurable ha sido el cambio y la inestabilidad como seña de identidad, pero sin haber sabido utilizar esas modificaciones para imprimir un rumbo uniforme y adaptado a las diferentes

<sup>2</sup> Excelente análisis efectuado en González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., *El ingreso mínimo vital*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020.

<sup>3</sup> En orden a enmarcar estos subsidios dentro de las prestaciones de Seguridad Social, por todos, González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

<sup>4</sup> Escribá Pérez, A.N., “Las prestaciones y pensiones no contributivas en cifras”, en AA.VV., *Seguridad Social para todas las personas*, Laborum, Murcia, 2021, p. 136, tomando los datos de la página web del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

<sup>5</sup> Álvarez Cuesta, H., “Los subsidios y rentas asistenciales no contributivas de desempleo”, en AA.VV., *Seguridad Social para todas las personas*, Laborum, Murcia, 2021, p. 493.

<sup>6</sup> Monereo Pérez, J.L., “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 196.

<sup>7</sup> Goñi Sein, J.L., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, p. 1790.

<sup>8</sup> Vida Soria, J. et alii, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 487.

<sup>9</sup> Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, Juruá, Lisboa, 2016, p. 97.

<sup>10</sup> SSTS 13 mayo 2008 (Rec. 901/2007) y 28 octubre 2009 (Rec. 3354/2008).

<sup>11</sup> Monereo Pérez, J.L., “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, cit., p. 196.

<sup>12</sup> Vicente Palacio, A., “Tránsitos y Conexiones entre el Empleo y la Seguridad Social: especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, 30/2014, p. 57.

circunstancias<sup>13</sup>. A este respecto, cabría apuntar como horizonte esperanzador apuntado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia como objetivo “reducir la fragmentación del sistema nacional de asistencia al desempleo y subsanar las carencias en la cobertura de los regímenes autonómicos de renta mínima”; “Reforzar la protección por desempleo, especialmente para los trabajadores atípicos” y “Simplificación y mejora de la prestación asistencial por desempleo”.

A lo dicho hasta el momento, las prestaciones asistenciales por desempleo han de enfrentarse a dos enemigos, uno interno y otro externo. El externo, clásico y tradicional, es el recelo con el que se ha mirado siempre a las personas beneficiarias de “determinadas prestaciones y, en particular, la de desempleo, sujetos sobre los que plantea la sombra de la duda y la desconfianza social”<sup>14</sup>. El interno es la tácita amenaza de absorción por parte del ingreso mínimo vital: la reciente regulación de esta prestación no contributiva parece confluir (y desbordar) el objeto de protección de las prestaciones analizadas, en tanto no parece clara la necesidad de mantener ambas, salvo que las analizadas tengan una mayor protección o amparen a colectivos expulsados del ingreso. En caso contrario, la eficacia del sistema llevaría a abogar su desaparición<sup>15</sup>.

## 2. REQUISITOS COMUNES DE ACCESO: EN PARTICULAR, LA ACREDITACIÓN DE LA POBREZA

El art. 264 LGSS enumera las personas protegidas sin distinción entre prestación contributiva o asistencial, debido a que, en la mayor parte de los casos, aquella es el pórtico de entrada para acceder a la analizada, sin olvidar la puerta abierta a la incorporación de otros colectivos dejada en manos del Gobierno (art. 264.3 LGSS). Con mayor detalle, el art. 274 LGSS enumera los requisitos comunes de acceso (figuren inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes (calificado como “caprichoso”<sup>16</sup>, tiene como fin “constatar la persistencia en la imposibilidad de encontrar un empleo”<sup>17</sup>, pero deja sin ingresos a quien verdaderamente los necesita), sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales<sup>18</sup>, y carezcan de rentas), para, a continuación, desglosar los específicos de la multiplicidad de prestaciones.

Más complejo (como en todas las prestaciones no contributivas) resulta perfilar la carencia de rentas, fijándose en este caso un umbral en la percepción de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (art. 275.2). Cabe destacar que la frontera se configura con referencia al SMI (1000 euros en 2022) mientras que la cuantía toma como índice el IPREM (579,02 euros mensuales en 2022).

Este concepto “totalizador y omnicomprensivo” ha generado múltiples conflictos interpretativos, habida cuenta utiliza una noción propia distinta al de las prestaciones no

<sup>13</sup> Mercader Uguina, J.R., “Reformas” y “contrarreformas” en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, como telón de fondo”, *Temas Laborales*, 66/2002, p. 155.

<sup>14</sup> Mercader Uguina, J.R., “Reformas” y “contrarreformas” en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, como telón de fondo”, cit., p. 156.

<sup>15</sup> Álvarez Cuesta, H., “Los subsidios y rentas asistenciales no contributivas de desempleo”, cit., p. 502.

<sup>16</sup> Goñi Sein, J.L., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1798.

<sup>17</sup> Ruano Albertos, S., “Requisitos comunes de acceso a las distintas modalidades de subsidio por desempleo”, *Tribuna Social*, 150/2003, p. 22.

<sup>18</sup> Goñi Sein, J.L., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1800.

contributivas<sup>19</sup>, y diferente también a la vulnerabilidad económica requerida para acceder al ingreso mínimo vital (distinta forma de cómputo y por la frontera marcada para su acceso en función de la unidad familiar y de la propia cuantía máxima a obtener)<sup>20</sup>.

Al final, cabe constatar cómo “no existe en nuestro sistema de Seguridad Social un modelo claro, coherente y sistemático para la consideración de la carencia de recursos. El legislador parece abordar este problema en cada institución de una manera aislada sin que siempre pueda encontrarse una justificación convincente para las diferencias”<sup>21</sup>.

Así, en los subsidios por desempleo (salvo el de responsabilidades familiares) el límite de rentas se exige tan solo individualmente, sin consideración de los niveles de ingresos de la unidad familiar de pertenencia<sup>22</sup>, a diferencia de cuanto ocurre en el ingreso mínimo vital. La regla de cálculo de los rendimientos derivados de la realización de actividades económicas es tan compleja que se convierte en una suerte de galimatías para el solicitante o beneficiario del subsidio, que no tendrá certeza de si por el desempeño de una actividad económica podría ver cómo se le deniega o se le extingue el derecho<sup>23</sup>.

Los requisitos de carencia de rentas y, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares deberán concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades del subsidio establecidas. A estos efectos se considerará como fecha del hecho causante aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes, o se produzca la situación legal de desempleo; o la de agotamiento del derecho semestral; o la de finalización de la causa de suspensión (art. 275.5 LGSS). En definitiva, se ha de mantener siempre para seguir percibiendo la prestación, así como para recuperarla.

Si no se reúnen los requisitos, la persona trabajadora solo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio cuando se encuentre de nuevo en alguna de las situaciones previstas y reúna los requisitos exigidos, salvo en el caso de que dentro del plazo de un año desde la fecha del hecho causante se acredite que se cumplen los requisitos de carencia de rentas o, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares, en que el beneficiario podrá obtener el subsidio que corresponda a partir del día siguiente al de su solicitud sin reducción de su duración (art. 275.5 LGSS).

### **3. MÁS DUDAS QUE CERTEZAS: ¿ES NECESARIO MANTENER TODOS LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO?**

La construcción de las distintas personas beneficiarias se ha venido realizando a modo de sedimentación (la Ley 51/1980, Básica de Empleo, incluyó únicamente a quienes hubieran agotado las prestaciones contributivas, tuvieran responsabilidades familiares y carecieran de recursos suficientes y a los emigrantes retornados, por su parte, la Ley 31/1984 introdujo cuatro nuevos colectivos protegidos a los que hay que sumar otros dos

<sup>19</sup> Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, cit., p. 100.

<sup>20</sup> Un exhaustivo análisis en González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., *El ingreso mínimo vital*, cit.

<sup>21</sup> Álvarez Del Cuvillo, A., “Las contradicciones en la determinación de la situación de necesidad a los efectos del subsidio por desempleo”, *Aranzadi Social*, 14/2009.

<sup>22</sup> Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 132.

<sup>23</sup> Cano Galán, Y., “Determinación del nivel e ingresos”, en AA.VV., *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 188.

incorporados por el RD-Ley 3/1989, de 31 de marzo, de medidas adicionales de carácter social, hasta conformar un listado final de hasta ocho colectivos de beneficiarios<sup>24</sup>) y ha acabado por dejar un sistema en sus distintas modalidades “confuso” y difícilmente clasificable<sup>25</sup>.

### 3.1. Subsidio por responsabilidades familiares

El primero de ellos es el denominado “por responsabilidades familiares” y exige, como requisitos propios, haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares.

La genérica referencia al agotamiento de una previa prestación requiere de dos reflexiones, de un lado, parece requerir que haya finalizado única y exclusivamente por el transcurso del tiempo máximo a que tuviera derecho y no por sanción, por ejemplo<sup>26</sup>; ni tampoco cuando su abono se hace en la modalidad de pago único<sup>27</sup>. De otro, la prestación agotada no se requiere que sea contributiva, puede venir dado desde el agotamiento de cualquiera de las prestaciones que configuran el sistema de Seguridad social en materia de protección por desempleo, como es la renta activa de inserción<sup>28</sup>.

Por “responsabilidades familiares” se entiende tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años (aun cuando sean del otro cónyuge<sup>29</sup>), mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. La exigencia de la “carga” se interpreta en términos de asistencia y no de convivencia<sup>30</sup>, así, aun cuando no se conviva con ellos (en el caso, el beneficiario está en prisión) sí se considera que los tiene a su cargo<sup>31</sup> si precisan su ayuda (art. 18.3 RD 625/1985). Cuando se toma en consideración la unidad familiar, se amplía el cómputo para configurar el umbral de rentas: “no se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias” (art. 275.3); por tal razón y en tal caso, han de dividirse los ingresos obtenidos por los miembros de la unidad familiar entre todos sus integrantes incluyendo los perceptores salvo que todos tuvieran ingresos superiores a 75% SMI<sup>32</sup>.

La LGSS no acoge los nuevos modelos de familia, en tanto no se asimila la convivencia de hecho al vínculo conyugal, y en sentido inverso, la ruptura de la convivencia sin separación legal no rompe la unidad de convivencia<sup>33</sup>. Tampoco entran en el cómputo otros familiares<sup>34</sup>, lo cual conlleva tanto un excesivo efecto expulsivo<sup>35</sup> como cierra los

<sup>24</sup> Garrido Pérez, E., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 1364.

<sup>25</sup> Álvarez Cuesta, H., “Los subsidios y rentas asistenciales no contributivas de desempleo”, cit., p. 505.

<sup>26</sup> STS 21 enero 2000 (RJ 1064).

<sup>27</sup> Luján Alcaraz, J., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, p. 1137.

<sup>28</sup> STS 16 diciembre 2020 (Rec. 3061/2018).

<sup>29</sup> STS 23 septiembre 1997 (Rec. 277/1997).

<sup>30</sup> STS 11 abril 2000 (Rec. 2770/1999).

<sup>31</sup> STS 10 diciembre 2012 (Rec. 4389/2011).

<sup>32</sup> STS 2 marzo 2015 (Rec. 712/2014).

<sup>33</sup> Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, cit., p. 106.

<sup>34</sup> STS 17 octubre 2018 (Rec. 3600/2016).

<sup>35</sup> Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, cit., p. 132.

ojos a la realidad en sus múltiples conformaciones del término “familia” a diferencia del ingreso mínimo vital<sup>36</sup> y de redacciones anteriores del mismo precepto (aun subsistiendo dicha ampliación en el art. 18.1 RD 625/1985).

### 3.2. Subsidio para trabajadores maduros (mayores de 45 años)

La sencillez de su enunciación conlleva una advertencia admonitoria. Tal edad es el primer paso hacia el abismo de los inempleables y esa frontera parece requerir una primera protección adicional<sup>37</sup>. En este caso, parece que “en el nivel asistencial el factor mayor edad actúa de dos maneras, bien para ampliar la duración del subsidio, o bien para tener derecho a un subsidio en particular, pero el ser desempleado de mayor edad no garantiza el acceso a un subsidio ni siquiera cuando las posibilidades de encontrar un nuevo empleo y volver a cotizar son inexistentes por lo que puede producir una situación de desprotección”<sup>38</sup>.

Para acceder, de nuevo es necesario haber agotado la prestación por desempleo; carecer de responsabilidades familiares; y, por último, ser mayor de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento. Esta prestación presenta un carácter subsidiario de la primera analizada: cumplida la edad y con responsabilidades familiares, accederá al primer subsidio; 45 años y sin responsabilidades; lucrará la aquí analizada<sup>39</sup>.

### 3.3. Emigrantes retornados

Este subsidio exige ser persona trabajadora española emigrante que, habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos Estados desde su última salida de España y no tenga derecho a la prestación por desempleo. La finalidad no es otra que el cumplimiento que la Constitución impone al Estado de velar especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42 CE).

La exigencia de retorno implica haber residido previamente en España<sup>40</sup> y no volver de un país donde se reconozca la exportación de la prestación por desempleo (con independencia si esa concreta persona ha generado prestación o no. Por tal motivo se ha cuestionado la restricción de la protección<sup>41</sup>, en tanto no ampara (entre otros) a quien haya agotado la prestación generada en un país de la Unión Europea, por ejemplo<sup>42</sup>. Con todo, quienes no puedan acceder a esta modalidad de subsidio podrán acogerse a la renta activa de inserción<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> Al respecto, baste mencionar como referencia González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., *El ingreso mínimo vital*, cit.

<sup>37</sup> Álvarez Cuesta, H., “Los subsidios y rentas asistenciales no contributivas de desempleo”, cit., p. 507.

<sup>38</sup> Gala Durán, C., “Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad como vía de transición hacia la jubilación”, en AA.VV., *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, p. 273.

<sup>39</sup> Álvarez Cuesta, H., “Los subsidios y rentas asistenciales no contributivas de desempleo”, cit., p. 510.

<sup>40</sup> Goñi Sein, J.L., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1818.

<sup>41</sup> Garrido Pérez, E., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1392.

<sup>42</sup> Luján Alcaraz, J., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1139.

<sup>43</sup> Garrido Pérez, E., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1393.

### 3.4. Personas con incapacidad declaradas capaces para el trabajo

Esta modalidad se otorga a quien haya sido declarado plenamente capaz o incapacitado en el grado de incapacidad permanente parcial como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría de una situación de incapacidad en los grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. El hecho causante se produce exclusivamente con la resolución administrativa que acuerda la revisión de la incapacidad por mejoría o por error de diagnóstico de una previa incapacidad definitiva<sup>44</sup>. Si se produjera una declaración con posibilidades de recuperación y reserva del puesto de trabajo, el subsidio operará una vez transcurrido el citado plazo de reserva y producida la revisión por mejoría.

Este subsidio da respuesta a las dificultades de incorporación al mundo laboral de quien ha estado apartado del mismo, sin haber seguido ningún proceso de recualificación y reciclaje<sup>45</sup>.

### 3.5. Liberados de prisión y otras circunstancias semejantes

Este supuesto (y los variados beneficiarios) son los únicos donde la prestación se convierte en una verdadera prestación no contributiva<sup>46</sup>, habida cuenta no requiere ningún tipo de requisito vinculado con una previa cotización, solo la situación de necesidad y el hecho causante, en este caso configurado como sigue: no tener derecho a la prestación por desempleo (contributiva, parece, en este caso), siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses. La finalidad del subsidio “se relaciona de manera directa con las especiales dificultades personales y laborales en las que se encuentran al ser excarcelados, pues es presumible que su vínculo contractual previo hubiese quedado extinguido, precisamente por la entrada en prisión [o que carecieran de él a la entrada en prisión] y que se encuentren con especiales dificultades para encontrar empleo, dando el tiempo que han permanecido fuera del mercado laboral”<sup>47</sup>.

Junto con los internos en una prisión, también se entenderán comprendidos en dicha situación los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delito, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por el tiempo antes indicado, en el momento de la liberación sean mayores de dieciséis años. De igual modo están incluidas las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabitación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un período superior a seis meses y hayan visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal.

Por último, este subsidio ha sido reformulado para limitar el acceso al mismo en función del tipo de delito por el que hubieran sido condenados; por tal motivo, solo podrán obtener el subsidio cuando acrediten, mediante la oportuna certificación de la Administración penitenciaria, los siguientes extremos:

- En el caso de los liberados de prisión condenados por los delitos contemplados en las letras a) (Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos

<sup>44</sup> Goñi Sein, J.L., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1819.

<sup>45</sup> Álvarez Cuesta, H., “Los subsidios y rentas asistenciales no contributivas de desempleo”, cit., p. 517.

<sup>46</sup> Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, cit., p. 109.

<sup>47</sup> Arias Domínguez, A.: “El tratamiento legal del subsidio de desempleo para los liberados de prisión. Comentario a la STSJ Cataluña, de 13 de septiembre de 2005”, *Aranzadi Social*, 21/2006.



de terrorismo o b) (Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal) del artículo 36.2 del Código Penal, que han cumplido los requisitos exigidos en el artículo 72.6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria<sup>48</sup>.

- En el caso de los liberados de prisión condenados por los delitos contemplados en las letras c) (abuso o agresión sexual) o d) (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) del artículo 36.2 del Código Penal, que han satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, y que han formulado una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito.

Con todo, conviene no olvidar que de su percepción están excluidos los extranjeros sin autorización de residencia liberados de prisión<sup>49</sup>.

### 3.6. Subsidio “contributivo”

Este subsidio asistencial “contributivo”<sup>50</sup> es, quizá, el puente entre la contributividad y la asistencialidad, al requerir carencia de rentas y situación legal de desempleo y encontrarse excepcionado del plazo de espera de un mes para su percepción.

Los desempleados accederán cuando justifiquen dicha carencia de rentas, se hallen en situación legal de desempleo (por tanto, procedería incorporar en este subsidio toda la elaboración judicial y doctrinal sobre esta condición de acceso a la prestación contributiva) y no tengan derecho a la prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización de 360 días, pero sí hayan cotizado cierto tiempo (dividiendo entre subsidio contributivo simple y cualificado<sup>51</sup>):

- Hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares (al respecto, conviene recordar lo examinado en cuanto hace a este concepto y su definición restrictiva).
- Hayan cotizado al menos seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares. En este caso, la cotización es la mitad de la exigida para el contributivo pero el doble de la requerida de tener cargas familiares.

La percepción del mismo impide utilizar las cotizaciones para lucrar una prestación contributiva, forzando a la persona beneficiaria a un cálculo de posibilidades (encontrar

<sup>48</sup> “Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

<sup>49</sup> SSTSJ Cataluña 30 junio 2006 (Rec. 512/2004) y 10 noviembre 2014 (Rec. 5472/2014).

<sup>50</sup> Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 134 y ss.

<sup>51</sup> Luján Alcaraz, J., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1142.

un nuevo empleo para optar a una prestación contributiva a la que se sumaría, en su caso, una posterior asistencial) o bien solicitar esta y “perder” el tiempo trabajado para una futura prestación. En el fondo, este subsidio es uno de los directamente vinculados con la configuración actual del mercado laboral (hipertemporal y parcial) y será (es) muy utilizado en ese círculo vicioso de trabajo precario y desempleo<sup>52</sup>.

### 3.7. Subsidio de prejubilación

Podrán acceder al subsidio denominado de prejubilación<sup>53</sup> los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral<sup>54</sup> y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Este subsidio no ha estado exento de cambios, el más significativo, hasta el punto de ser calificado como “Reforma Delorean”, ha sido el efectuado por el RD-Ley 8/2019, que ha procedido a reducir la edad de acceso de 55 a 52 años, suprime el requisito de tener cumplida la edad de 52 años en el momento del hecho causante del subsidio (recogiendo así la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión)<sup>55</sup>; y elimina la exigencia de carencia de rentas de la unidad familiar, sobre la cual el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse y anularla<sup>56</sup>.

Este “subsidio ha sido prácticamente la única vía de protección para quienes perdían su empleo a una edad en la que es ilusorio pensar que existe posibilidad real de reincorporarse al mercado de trabajo”<sup>57</sup>. De hecho, “una de las finalidades de este subsidio es la de servir como ‘puente’ o ‘enlace’ hacia la jubilación, asumiendo la cruda realidad de que, en los casos más graves, no hay esperanza” de volver a obtener un trabajo o al menos uno indefinido<sup>58</sup>.

## 4. LAS DISTINTAS DURACIONES DE LOS SUBSIDIOS

La norma fija una duración temporal general de seis meses prorrogables semestralmente hasta una duración máxima de dieciocho meses (art. 277.1), para, a continuación, establecer tantas excepciones que hacen decaer el plazo general en este “poco afortunado” precepto<sup>59</sup>, singularizándolo en cada subsidio<sup>60</sup>. Es más, son tan numerosos que algún autor los ha clasificado como de carácter ampliatorio, reductor o especiales<sup>61</sup>.

<sup>52</sup> Álvarez Cuesta, H., “Los subsidios y rentas asistenciales no contributivas de desempleo”, cit., p. 520.

<sup>53</sup> Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, cit., pp. 134 y ss.

<sup>54</sup> STS 7 marzo 2005 (Rec. 894/2004).

<sup>55</sup> Pérez del Prado, D., “Las medidas en materia de protección social del RDL 8/2019: entre el humo y el cambio de ciclo”, *Temas Laborales*, 147/2019, p. 183.

<sup>56</sup> STCo 61/2018, de 7 de junio.

<sup>57</sup> Vicente Palacio, A., “Tránsitos y Conexiones entre el Empleo y la Seguridad Social: especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años”, cit., p. 56.

<sup>58</sup> Pérez del Prado, D., “Las medidas en materia de protección social del RDL 8/2019: entre el humo y el cambio de ciclo”, cit., p. 195.

<sup>59</sup> En la redacción anterior, Luján Alcaraz, J., “Art. 216. Duración del subsidio”, en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, p. 1159.

<sup>60</sup> Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, cit., p. 166.

<sup>61</sup> Goñi Sein, J.L., “Art. 216. Duración del subsidio”, en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 1830 y 1831.

Así, para los desempleados con responsabilidades familiares, establece una duración diferente en función de la edad y del período disfrutado de la prestación contributiva, de tal modo que, a mayor edad y mayor tiempo de prestación, derivada de un mayor período trabajado, el subsidio durará más:

- 1.º Mayores de cuarenta y cinco años y hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de, al menos, ciento veinte días. En este caso, el subsidio se prorrogará hasta un máximo de veinticuatro meses.
- 2.º Mayores de cuarenta y cinco años y hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de, al menos, ciento ochenta días. En este caso, el subsidio se prorrogará hasta un máximo de treinta meses.
- 3.º Menores de cuarenta y cinco años y hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de, al menos, ciento ochenta días. En este caso, el subsidio se prorrogará hasta un máximo de veinticuatro meses.

En cambio, para los mayores de 45 años sin responsabilidades familiares la duración del subsidio será de seis meses improrrogables, en tanto aparece configurado, como ya se mencionó, como un aviso de dificultades en la búsqueda de un nuevo trabajo, estableciendo el siguiente umbral a los 52 años. “En este caso, solo se tiene en cuenta al parado de larga duración y su estado de necesidad..., objeto de una desigual protección, que se traduce en una menor duración de la percepción del subsidio”<sup>62</sup>.

En el caso del subsidio “contributivo”, su duración aparece vinculada, conforme a su naturaleza híbrida, a la cotización previa, modulándose el carácter asistencial por la existencia de responsabilidades familiares (art. 277.2):

- Así, una persona trabajadora con responsabilidades familiares ha cotizado 3 meses tiene derecho a un subsidio durante 3 meses; por 4 meses de cotización, uno de 4 meses; 5 meses de cotización, uno de 5 meses; y con 6 o más meses de cotización, 21 meses (en este último caso, se reconocerá por un período de seis meses, prorrogables hasta agotar su duración máxima<sup>63</sup>).
- En el caso de que carezca de responsabilidades familiares y tenga al menos seis meses de cotización, la duración del subsidio será de seis meses improrrogables.

En ambos casos, las cotizaciones que sirvieron para el nacimiento del subsidio no podrán ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de un futuro derecho a la prestación del nivel contributivo.

El subsidio para mayores de 52 años se extenderá, como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación (art. 277.3), dejando a un lado anteriores redacciones que anticipaban la extinción del subsidio y el acceso a la jubilación. Al vincular su extinción con la edad ordinaria, alarga la duración del mismo, en tanto no obliga a acceder a una pensión de jubilación contributiva de forma anticipada y con ello, de menor cuantía<sup>64</sup>.

En todo caso, y como cláusula de cierre, el Gobierno, previo informe al Consejo General del Servicio Público de Empleo Estatal, podrá modificar la duración del subsidio

<sup>62</sup> Goñi Sein, J.L., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1816.

<sup>63</sup> Goñi Sein, J.L., “Art. 216. Duración del subsidio”, cit., p. 1831.

<sup>64</sup> Martínez Barroso, M.R., “La contrarreforma del subsidio de prejubilación. Una necesaria lectura de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, 441/2019, p. 74.

por desempleo en función de la tasa de desempleo y las posibilidades del régimen de financiación (art. 277.5).

## 5. LA CUANTÍA DEL SUBSIDIO

La cuantía de los distintos subsidios por desempleo aparece fijada de forma uniforme: el 80 por ciento del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual vigente en cada momento, salvo que el último trabajo desarrollado fuere a tiempo parcial. En tal caso, la cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas para los subsidios por responsabilidades familiares, mayores de 45 años o subsidio “contributivo” (art. 278.1).

Se aplica esta modulación en caso de obtención *ex novo* de la prestación, no en caso de suspensión del subsidio por trabajo a tiempo parcial, el cual se reanudará finalizada la relación en la cuantía que había venido disfrutando<sup>65</sup>. Y cuando en el periodo de referencia existen días a tiempo completo y a tiempo parcial debe hallarse la proporción de ambos a fin de aplicarla como índice ponderado al importe del subsidio<sup>66</sup>.

De nuevo se faculta al Gobierno, previo informe al Consejo General del Servicio Público de Empleo Estatal, para modificar la cuantía del subsidio por desempleo en función de la tasa de desempleo y las posibilidades del régimen de financiación (art. 278.2).

La cuantía así predeterminada (salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial) distorsiona el carácter asistencial vinculado a las rentas, de tal modo que quien tenga unos ingresos en un arco inferior al límite de rentas percibirá la cuantía íntegra especificada, con independencia de la diferencia con el umbral y sin atender a la existencia o ausencia de responsabilidades familiares<sup>67</sup> (como sucedía en regulaciones precedentes), las cuales solo sirven para fijar un doble filtro de ingresos, no para incrementar la cantidad.

## 6. CONCLUSIONES

De conformidad con el análisis realizado en las páginas precedentes y teniendo en consideración que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia apuesta por la “simplificación y mejora de la prestación asistencial por desempleo”, resulta necesario repensar los requisitos generales y específicos de cada subsidio, así como la propia existencia de las prestaciones asistenciales examinadas.

En este sentido, su pervivencia dependerá de su convivencia con el ingreso mínimo vital y de cómo puedan ser utilizados para proporcionar protección frente a las lagunas de cobertura de la reciente prestación no contributiva.

En fin, resulta pertinente coordinar los condicionantes vinculados a la acreditación de la situación de pobreza, con el firme propósito de eliminar las variadas categorías de carencia de rentas o vulnerabilidad económica reguladas por cada prestación.

<sup>65</sup> Garrido Pérez, E., “Art. 215. Beneficiarios del subsidio por desempleo”, cit., p. 1419.

<sup>66</sup> STS 20 diciembre 2002 (Rec. 2859/2001).

<sup>67</sup> Blázquez Agudo, E., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, cit., p.



## **ASPECTOS DESTACABLES DE LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE**

FRANCISCO JOSÉ VALDÉS MORILLO

BERNARDO JOSÉ PINTO PABÓN

*Letrados de la Administración de la Seguridad Social*

*Profesores Asociados del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide

### SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. PACTO DE TOLEDO DE 2020
3. LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE
4. ASPECTOS PRESTACIONALES MÁS DESTACADOS DE LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

## 1. INTRODUCCIÓN

Conocimos al Prof. González Ortega siendo sus alumnos en la Facultad de Derecho de Sevilla (1981-1986), donde impartía la asignatura de Derecho de la Seguridad Social. A partir de entonces su magisterio ha sido un referente para nosotros, tanto como opositores al Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social como en los muchos años que llevamos ejerciendo esta actividad. Desde hace años, hemos tenido la suerte de colaborar con el Prof. González Ortega como profesores asociados en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Este artículo no es sólo nuestro homenaje y reconocimiento a toda una vida dedicada a la docencia sino también nuestro profundo agradecimiento a su enseñanza en el ámbito del derecho de la Seguridad Social.

En los últimos años la expresión “envejecimiento activo” se ha ido haciendo cada vez más usual. La Organización Mundial de la Salud define el envejecimiento activo como el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad de los mayores con el fin de mejorar su calidad de vida a medida que las personas envejecen; en este sentido, la OMS ha declarado la década 2021-2030 como la Década del Envejecimiento Saludable, un proyecto internacional con el objetivo de mejorar las condiciones de las personas mayores en todo el mundo.

El envejecimiento activo no solo implica el cuidado de la salud, sino que también se busca con el mismo una participación más activa en la sociedad de las personas mayores. A instancias de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas se han desarrollado cinco principios deseables para las personas de mayor edad: independencia, dignidad, autorrealización, cuidado y participación. Y a través de esto cinco conceptos se han llegado a identificar los cuatro pilares fundamentales del envejecimiento activo, que son: la salud, la participación, la seguridad y la dimensión económica.

Desde la perspectiva de nuestro estudio interesa sobre todo detenernos en el principio de la participación. En este sentido se debe promover que las personas mayores sigan contribuyendo de manera activa y productiva en la sociedad mediante actividades adaptadas a sus capacidades, necesidades y preferencias; estas actividades pueden ser remuneradas o no (desde el punto de vista de la Seguridad Social lógicamente remuneradas). Este derecho de participación forma parte de los derechos humanos básicos; todos tenemos derecho a seguir vinculados con la sociedad sin que en ello deba interponerse el hecho de tener más o menos edad o percibir una pensión.

Esta participación contribuye sin duda al bienestar mental de las personas mayores, que así se sienten integradas en una sociedad que poco a poco los va apartando en muchos casos. Las actividades sociales (y las laborales especialmente) son necesarias para todos y son positivas durante toda la vida para la salud del individuo y su estado emocional. Por esta razón se deben promover oportunidades para la participación de los mayores en todos los ámbitos de la sociedad.

La Seguridad Social, naturalmente, no es ajena a esta cuestión. De ahí que hoy en día es un principio consolidado el del fomento del trabajo de los mayores por parte de los poderes públicos, incentivando económicamente la prolongación de la vida laboral más allá del cumplimiento de la edad de jubilación. Sin duda hay razones económicas y presupuestarias que explican esta deriva en nuestro sistema de Seguridad Social, pero no deben olvidarse los aspectos de integración social y salud física y mental a los que se refiere la Organización Mundial de la Salud.

En efecto, el propio art 214 de la LGSS lleva por título “Pensión de jubilación y envejecimiento activo”, que contiene la regulación de la llamada jubilación activa, utilizándose de esa manera la misma terminología propuesta por la OMS, se trata de una fórmula exitosa hasta la fecha.

La reciente reforma de la Ley General de la Seguridad Social, siguiendo las Recomendaciones de la última edición del llamado Pacto de Toledo, incide de forma sustancial en esta cuestión del fomento económico de la prolongación de la vida laboral, perfeccionando los incentivos de cotización aplicables a la misma. Este estudio se centrará en el análisis de los incentivos diseñados últimamente desde el punto de vista de las cotizaciones, los beneficios que se han implantado más recientemente para la jubilación demorada fundamentalmente; por otro lado, se analizarán también las nuevas formas de cotización ideadas para los supuestos de jubilación activa, basadas en principios de solidaridad.

## **2. PACTO DE TOLEDO DE 2020**

Entre las Recomendaciones del Informe aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020, el llamado Pacto de Toledo en su 4ª edición, se encuentra - en la Recomendación 6ª relativa al Fomento del Empleo - como objetivo prioritario a la hora de aprobar medidas de fomento de empleo el mantenimiento laboral de los trabajadores ya contratados mayores de 55 años, en la línea ya apuntada en la propia Ley de Empleo.

Por otro lado, en la Recomendación 12ª, relativa a la edad de jubilación, se opta por no incrementar la edad ordinaria de jubilación, sino por tratar de acercar la edad real de jubilación a esa edad ordinaria. Se apunta como dato estadístico que en 2020 la edad real estaba en 64,56 años, cuando la edad ordinaria se situaba en 65 años y diez meses (actualmente en 66 años y dos meses). Para conseguir dicho objetivo se trazan, fundamentalmente, dos estrategias: por un lado, limitar las jubilaciones anticipadas y, por otro, estimular la llamada “jubilación demorada”, es decir, fomentar la vida activa más allá de la edad de jubilación; también se valoran positivamente los diferentes supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo (jubilación activa, parcial, flexible).

Las medidas para llevar a la práctica las ideas recomendadas por el Pacto de Toledo se concretaron, en primer lugar, en el Acuerdo Social de 1 de julio de 2021 alcanzado por el Gobierno con las fuerzas sociales, pactándose un conjunto de medidas de reforma de la Seguridad Social centradas básicamente en la pensión de jubilación, cuyo contenido se ha llevado a la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

## **3. LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE**

La Ley 21/2021, entre otras materias, modifica la regulación de las modalidades de acceso a la jubilación, en especial las modalidades de jubilación anticipada; se modifica también la regulación de la llamada “jubilación forzosa” (mediante medidas contenidas en los convenios colectivos), y, en lo que afecta a este análisis, se establecen nuevos mecanismos para favorecer el retraso en el acceso a la pensión, a través de nuevos



incentivos en el cálculo de la pensión o en la exoneración parcial de las cotizaciones en los casos de trabajadores de edad. Centrémonos en este último aspecto relativo a los beneficios de cotización.

### **3.1. Jubilación demorada**

La cotización al Régimen General a partir de la edad de jubilación se regula en el art. 152 de la LGSS. Este artículo ha sido modificado por la Ley 21/2021.

Las empresas y las personas trabajadoras quedarán exentas de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de dichas contingencias, respecto de los trabajadores por cuenta ajena y de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, una vez hayan alcanzado la edad de acceso a la pensión de jubilación que en cada caso resulte de aplicación.

La exención en la cotización prevista en el art. 152 de la LGSS comprenderá también las aportaciones por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

Se trata pues de una exoneración parcial, pero relevante, que afecta tanto a los empresarios como a los propios trabajadores, que de esta manera experimentarán un sustancial incremento en sus haberes netos.

Las exenciones establecidas en el mencionado artículo no serán aplicables a las cotizaciones relativas a trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones públicas o en los organismos públicos regulados en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Los períodos en los que resulte de aplicación la exención prevista serán computados como cotizados a los efectos de acceso y determinación de la cuantía de las prestaciones futuras (jubilación incluida, por supuesto). Como veremos, se trata de una diferencia sustancial con lo que va a ocurrir con la cotización en los casos de jubilación activa, que se verá más adelante.

Ahora bien, no nos encontramos ante un beneficio de nueva creación; esta exoneración ya existía con anterioridad, pero con un alcance bastante menor. En efecto, la anterior redacción del art 152 limitaba la aplicación de este beneficio a los trabajadores con contratos de trabajo indefinidos (ahora cualquier tipo de contrato) y que reunieran unos periodos de cotización que les aseguraran el 100% de la base reguladora de la pensión de jubilación (38,5 años o 37, según la edad de jubilación aplicable). Por tanto, ahora serán todos los trabajadores que retrasen su jubilación los que accedan a este beneficio, sin mayores distinciones; de esta manera se extiende y generaliza este beneficio.

Esta medida se aplica también con similar alcance a los trabajadores autónomos que igualmente prolonguen su vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación (art 311 LGSS).

### **3.2. Reducción de la cotización de los trabajadores de 62 años y más en situación de IT**

El art 144.4 de la LGSS, tras mantener la obligación de cotizar durante las situaciones de Incapacidad Temporal, añade ahora, tras la Ley 21/2021, que las empresas tendrán derecho a una reducción del 75 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de aquellos trabajadores que hubieran cumplido la edad de 62 años.

Por tanto, se trata de un nuevo beneficio de cotización aplicable a los trabajadores de 62 o más años, que, en consecuencia, abarca también a aquellos trabajadores en situación de jubilación demorada (recordemos que la exoneración vista en el apartado anterior no se extendía a la cotización por IT), y ello, según apunta la Exposición de Motivos de la Ley 21/2021, con el fin de favorecer la permanencia de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo. En este caso, son solo las empresas las beneficiadas por esta reducción, no los trabajadores. Se trata, pues, de estimular a las empresas para que mantengan la contratación de trabajadores mayores, reduciendo el coste que supone la cotización durante la IT de un colectivo que, por razones puramente biológicas, se encuentra más expuesto a bajas por enfermedad.

Recordemos que ya los trabajadores autónomos quedan exentos de cotizar durante la situación de IT cuando las bajas por IT se extienden más allá de 60 días, considerándose esa situación como una modalidad de “cese de actividad”, quedando dicha cotización a cargo de la Mutua con quien tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales.

### **3.3. Jubilación activa. Cotización especial de solidaridad**

En este caso, y siguiendo una línea de mayor rigor en el trato de las jubilaciones activas (el año de espera, especialmente, como nueva condición para el acceso a este tipo de jubilaciones), no hay nuevos incentivos en materia de cotización, sino que se mantienen los ya existentes. Recordemos.

En los casos de jubilación activa, por un lado, se aplicarán los incentivos de cotización previstos para la jubilación demorada ya analizados, en tanto en cuanto se prolonga la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación; por tanto, en principio, solo se cotizará por contingencias profesionales y por la IT derivada de contingencias comunes. Por otro lado, el legislador ha considerado que el beneficio de hacer compatible trabajo y pensión de jubilación debe ser compensado con una aportación solidaria por parte del beneficiario; y así, ha de abonarse la conocida como “cotización especial de solidaridad”, un 9% de la base de cotización (7% a cargo del empresario, 2% a cargo del propio trabajador). Esta cotización especial se entiende como una aportación al sistema sin contraprestación, ya que no será tenida en cuenta para el cálculo de futuras prestaciones.

Las cotizaciones “ordinarias” efectuadas durante la jubilación activa (que, como hemos visto, no incluye las contingencias comunes) no afectan al cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación que se percibirá cuando se deje de trabajar, cuantía que queda fijada por tanto en el momento de acceso a la jubilación activa (solo se pasará a percibir la pensión al 100%, no al 50%). Esta es la diferencia a la que antes nos referíamos con la jubilación demorada.

Por tanto, en el caso de la jubilación activa el estímulo ideado por el legislador incide en el lado prestacional (compatibilidad de pensión y trabajo), no tanto en la cuantía de la cotización.

De nuevo, esta medida se aplica también con similar alcance a los trabajadores autónomos que prolonguen su vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación y compatibilicen este trabajo con el percibo de la pensión de jubilación (al 50 o al 100%, según se tenga contratado o no a un trabajador por cuenta ajena para el desarrollo de la actividad autónoma).

Finalmente debe precisarse que también esta figura está vetada para los empleados del sector público que sigan prestando servicios en dicho sector.

### **3.4. Compatibilidad trabajo y pensión de jubilación de profesionales colegiados asegurados con mutualidades alternativas al RETA. Cotización especial de solidaridad**

Esta misma cotización especial de solidaridad se introdujo en el año 2021 en el art 309 de la LGSS para los pensionistas de jubilación que compatibilicen la pensión con una actividad profesional por cuenta propia y que estén incluidos en una mutualidad de previsión alternativa al RETA (abogados, médicos, arquitectos...). Esta cotización de nuevo no será computable a efectos de prestaciones y se deducirá mensualmente del importe de la pensión.

Como ordena el referido art 309, se produce un cambio en la manera de abonar esta cotización adicional, ya que la misma se lleva a cabo practicando el descuento correspondiente en el importe de la pensión que abona el INSS. Igualmente, la cuantía de esta cotización se calcula sobre la base mínima de cotización del RETA, al no existir una base real (estos pensionistas abonan la cuota privada que corresponda en la Mutualidad del Colegio Profesional al que pertenezcan)

Por tanto, desde el punto de vista de esta cotización solidaria, se da un trato similar a aquellos pensionistas que se encuentran en alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social que a aquellos otros pensionistas (con pensiones a cargo también de los presupuestos de la Seguridad Social) que han optado por asegurarse con una de las Mutualidades alternativas al RETA, lo cual parece lógico al tratarse de una aportación de solidaridad con el sistema público.

En definitiva, la idea de prolongar la vida laboral más allá de la edad de jubilación está provocando que el legislador idee nuevas formas de cotizar, bien para reducir el importe cotizable como una forma de estímulo, bien para exigir aportaciones adicionales en aras de la solidaridad en que se fundamenta nuestro sistema público de Seguridad Social. Es muy probable que en el futuro se sigan desarrollando nuevos incentivos para el fomento del envejecimiento activo.

## **4. ASPECTOS PRESTACIONALES MÁS DESTACADOS DE LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE.**

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, también ha incidido en los aspectos prestacionales de la ordenación jurídica de la Seguridad Social, concretamente, en lo que respecta a las reglas que afectan a la revalorización de las pensiones, la jubilación anticipada y la jubilación activa, así como a la prestación de viudedad.

### **4.1. La revalorización de las pensiones**

Los criterios normativos para determinar cómo se han de revalorizar las pensiones del Sistema de la Seguridad Social se han convertido en los últimos años en un aspecto destacable vinculado a la viabilidad financiera del propio Sistema de la Seguridad Social y, además, ha centrado el debate político con propuestas dispares entre las distintas opciones políticas. Las sucesivas reformas del art. 58 de la LGSS y los preceptos que han suspendido la vigencia de alguna de sus redacciones son un buen ejemplo de ello.

Desde la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora, la revalorización de las pensiones causadas en aplicación de la citada norma (jubilación e invalidez contributivas), se revalorizarían de acuerdo con el IPC previsto para cada año. El resto de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social, se revalorizarían teniendo en cuenta, entre otros factores, la elevación media de los salarios, el IPC y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social. A partir de la Ley 24/1997, de 15 de julio, la revalorización de todas las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social, incluida la pensión mínima, se efectuaría en función del IPC (de noviembre a noviembre) y, en el caso de que el IPC previsto fuera inferior al real, la diferencia se abonaba en un pago único; en caso contrario, la diferencia sería absorbida en al aplicar la revalorización en el siguiente ciclo económico. El resto de las pensiones reconocidas por el sistema seguirían tomando como referencia para su revalorización la elevación media de los salarios, el IPC y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social. El Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, Medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, dejó sin efectos para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en atención a la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto y suspendió para el ejercicio 2013 la revalorización de las pensiones contributivas de acuerdo con el IPC. Pero la modificación más radical en los criterios a tener en cuenta para la revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social tuvo lugar con la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, que reguló el Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. Desde el momento de la entrada en vigor de la citada norma, las pensiones contributivas de la Seguridad Social serían incrementadas en función del Índice de revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. El indicado índice se obtenía ponderando determinados parámetros fundamentalmente económicos del sistema de la Seguridad Social y, si bien es cierto que garantizaba un incremento mínimo (0'25% de la variación anual del IPC) la garantía del poder adquisitivo de las pensiones que ofrecía era claramente inferior a la que se obtenía cuando se vinculaba la revalorización de las pensiones a la variación anual que experimentaba el IPC; de ahí que esta nueva regulación, que pasó a dar contenido al art. 58 de la actual LGSS, haya sido cuestionada por el Gobierno y el poder legislativo, dando lugar, inicialmente a su suspensión ( Real Decreto Ley 1/2020, de 14 de enero, que establece la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social y DA 48, Ley 11/2020, de 30 de diciembre, LPGE para 2021) y, posteriormente a su modificación a través de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. De acuerdo con la nueva redacción del art.58 de la LGSS, las pensiones contributivas se revalorizarán cada año en función de la variación media del IPC en términos porcentuales (variación real, no prevista como antes) en los 12 meses previos a diciembre del año anterior. De ser la variación negativa, no se procederá la revalorización, y ésta, de producirse, habrá de ajustarse al límite anual fijado para la pensión en la correspondiente LPGE. Se establece igualmente una evaluación quinquenal para preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y garantizar la suficiencia económica de los pensionistas en los términos previsto en la nueva redacción de la DA 39 de la LGSS.

#### **4.2. La prestación de jubilación**

Otras de las novedades que introduce la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, afectan a la materia de jubilación.

En relación con la jubilación con edad anticipada por razón de la actividad o en caso de incapacidad, la nueva regulación ha optado por una sistemática diferente, dedicando el art.

206 de la LGSS a la circunstancias objetivas para rebajar la edad de jubilación en atención a la realización de trabajos cuya naturaleza sea excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa, insalubre con elevados índice de morbilidad o mortalidad y añadiendo un nuevo artículo, 206 bis, para la jubilación anticipada en caso de discapacidad. Esta nueva ordenación sistemática ha servido también para incorporar al art. 206 de la LGSS, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario, aspectos básicos del procedimiento para establecer coeficientes reductores, tales como los sujetos legitimados para instarlo, modo de presentación y contenido de la solicitud de iniciación y los órganos competentes para valorar las circunstancias objetivas que justifiquen la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación e instar, en su caso, la aprobación de los correspondientes reales decretos. Los coeficientes reductores serán revisables cada 10 años en la forma reglamentariamente establecida.

El art 207 de la LGSS, que regula la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, se ha visto afectado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, además de incluir el servicio social femenino obligatorio con el límite de un año para acreditar el período de carencia genérica, como venía haciendo la jurisprudencia, ha incorporado nuevos supuestos de causas no imputables a la voluntad del trabajador, tales como la extinción del contrato por voluntad del trabajador en los supuestos de movilidad geográfica (art. 40.1 del LET) y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41.3 del LET). En la nueva regulación también se ha modificado el coeficiente reductor aplicable a la pensión de jubilación, donde podemos apreciar mayor flexibilidad y contributividad, pues éste se determinará por cada mes o fracción de mes (no por trimestre o su fracción, como se establecía hasta entonces) que en el momento del hecho causante le falte al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación, y se tendrá en cuenta el período cotizado para su determinación, estableciéndose tres tramos según la escala fijada en el art. 207 de LGSS.

El art. 208 de la LGSS, que regula la jubilación anticipada por voluntad del trabajador se modifica en sentido similar al de la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador en cuanto al cómputo del servicio social femenino obligatorio, con el límite del año, para acreditar el período de carencia genérica, y el sistema para determinar el coeficiente reductor, si bien, en los meses de anticipación coincidentes (hasta 24 meses), los porcentajes correspondientes a los coeficientes reductores aplicables son más elevados, lo cual conlleva una mayor penalización en la pensión de jubilación anticipada por voluntad del trabajador en relación con la pensión de jubilación anticipada por causa no imputable a la voluntad del trabajador. Conforme al art. 210.3 de LGSS, en la nueva redacción dada por la Ley 21/2021, si la cuantía de la pensión de jubilación es superior al límite de cuantía inicial de las pensiones, el coeficiente reductor se aplica sobre el citado límite sin más. Esta nueva regla entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2024 y de forma gradual, de acuerdo con la redacción que el art. 21 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre da a la disposición transitoria 34<sup>a</sup>.2, si bien el apartado 3 de la citada disposición transitoria determina los supuestos en los que se seguirá aplicando la normativa anterior, así como la posibilidad de que la entidad gestora aplique de oficio la nueva forma de cálculo de la cuantía de la pensión si resulta más favorable. En la anterior regulación –vigente para la jubilación anticipada por causas no imputables a la voluntad del trabajador, conforme al art 210.4 de la LGSS, y transitoriamente vigente para la jubilación anticipada voluntaria, como se acaba de exponer- el coeficiente se aplica sobre la cuantía que resulta de aplicar a la base reguladora el porcentaje correspondiente al tiempo cotizado, estableciéndose un límite en la cuantía de la pensión que no puede superar la cuantía resultante de aplicar al tope máximo de pensión una reducción del 0'50% (2 % anual) por cada trimestre o fracción de trimestre que se anticipe la edad ordinaria de jubilación. Se trata de una regla pensada para las jubilaciones anticipadas cuya cuantía elevada las situaba por encima del tope máximo

de pensión, de modo que se penalizaba efectivamente la jubilación anticipada en todo caso, reduciendo el tope máximo de la cuantía a percibir sobre el tope máximo general, pero, a la vez, se amortigua esa penalización, fijando el límite mediante la aplicación de un porcentaje inferior al que resulta de aplicar el coeficiente reductor correspondiente en función de la anticipación de la edad de jubilación. Por último, el art. 208.3 de la LGSS, prevé que cuando el trabajador acceda a esta modalidad de jubilación desde la situación de preceptor del subsidio de desempleo del art 274 de LGSS durante al menos tres meses, el coeficiente reductor aplicable sea el previsto para la jubilación anticipada por causa no imputable a la voluntad del trabajador y la cuantía se determinará conforme a esta modalidad de jubilación, de acuerdo con el art. 210.4 de la LGSS. Finalmente, la nueva disposición transitoria 34ª.3 de la LGSS regula las condiciones en las que se seguirá aplicando la normativa anterior.

La ley 21/2021, de 28 de diciembre, también ha modificado alguno aspecto de la jubilación demorada, art. 2014 de la LGSS, es decir, aquella a la que se accede tras prolongar la actividad laboral (no es posible el acceso a la jubilación demorada desde una situación de asimilación al alta) más allá de la edad ordinaria de jubilación. El art. 210.2 de la LGSS, por una parte, ha unificado en el 4% el porcentaje que se añade al que corresponde aplicar a la base reguladora por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió la edad ordinaria de jubilación y la fecha del hecho causante de la pensión. Por otra parte, el beneficiario podrá optar de manera irrevocable entre percibir la pensión con el porcentaje adicional antes indicado o una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado entre la edad ordinaria de jubilación y la fecha del hecho causante, cuya cuantía se determina en función de los años cotizados en la fecha en la que alcanzó la edad ordinaria de jubilación. A tal efecto se ha establecido dos tramos según se haya cotizado menos de 44 años y 6 meses o, al menos, 44 años y 6 meses, incrementándose en este último caso la cuantía correspondiente en un 10 %. La norma prevé como tercera opción la posibilidad de que se puedan combinar ambos complementos económicos en la forma que se determine reglamentariamente. Se trata de una regulación que introduce cierta flexibilidad en este tipo de jubilación para que el beneficiario pueda decidir cómo percibir el complemento económico debido a sus intereses, lo que constituye un atractivo más para demorar la jubilación.

En relación con el factor de sostenibilidad, tras haber quedado aplazada su aplicación por la Ley 6/2018, de 3 de julio, se ha procedido finalmente a su derogación, disposición derogatoria Única. 2 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

Retrasar el acceso a la pensión de jubilación es la idea central de la reforma del art. 214 de la LGSS, que se ocupa de la “pensión jubilación y envejecimiento activo”. Por lo tanto, la posibilidad de compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación con el desempeño de una actividad por cuenta ajena o propia, en el ámbito de la regulación del art 214 de la LGSS y al margen de otras fórmulas de compatibilidad previstas en el art. 213 de la misma norma, se supedita a que el acceso a la pensión de jubilación se produzca al menos un año después de haber alcanzado la edad real prevista para la jubilación ordinaria. La nueva regulación ha suprimido el contenido del antiguo apartado 6 en relación con el cumplimiento de determinadas obligaciones impuestas a la empresa en la que se iba a desempeñar una actividad por cuenta ajena compatible con el cobro de la pensión jubilación, relativas a la inexistencia de decisiones extintivas precedentes y el mantenimiento del empleo.

#### **4.3. La pensión de viudedad**

La ley 21/2021, de 28 de diciembre, también ha modificado el art. 221 de la LGSS referido a las parejas de hecho. La modificación se orienta a facilitar el acceso a la prestación

en estos casos, acercando su regulación a la ya establecida para las parejas que tienen o han tenido en algún momento un vínculo matrimonial. Con esta finalidad, se ha suprimido la regla que supeditaba el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad del superviviente de la pareja de hecho a la dependencia económica con el causante en función del nivel de ingresos, quedando reducido los requisitos que debe reunir el beneficiario de la prestación a los necesarios para la válida constitución de la pareja de hecho y al período de convivencia entre sus miembros. Bajo estas circunstancias, también se permite que el miembro superviviente de la pareja de hecho extinguida antes de fallecimiento por voluntad de uno o ambos convivientes pueda acceder a la pensión de viudedad en tanto que no haya constituido nueva pareja de hecho o contraído matrimonio y sea acreedor de pensión compensatoria que se extinga con el fallecimiento del causante, estableciéndose la excepción de cumplir con este requisito en los supuestos de violencia de género tal y como ya estaba previsto para los supuestos de separación y divorcio. La pensión compensatoria deberá estar fijada mediante resolución judicial, convenio regulador o en pacto entre los miembros de la pareja de hecho en documento público cuyo importe responda a la finalidad prevista en el art. 97 de Código Civil. Con carácter excepcional –en cuanto que permite una aplicación retroactiva de la norma de Seguridad Social- y cumpliendo determinados requisitos, se permite que el miembro de la pareja de hecho superviviente pueda acceder a la pensión de viudedad aun cuando el fallecimiento se hubiera producido antes de la entrada en vigor de la Ley 21/2021 de 28 de diciembre, de acuerdo con la nueva disposición adicional 40ª de la LGSS. Finalmente, la reciente redacción del art. 222 de la LGSS posibilita que el miembro superviviente de la unión de hecho sea beneficiario de la prestación temporal de viudedad cuando al tiempo del fallecimiento del causante no hayan transcurridos dos años desde que la pareja de hecho quedó legalmente constituida.

# **SOLIDARIDAD Y SISTEMA PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL: APUNTES PARA EL DEBATE**

EUSEBI COLÀS-NEILA

*Profesor Agregado, Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universitat Pompeu Fabra

## SUMARIO:

1. LA IDEA DE SOLIDARIDAD COMO ESENCIA DEL ESTADO SOCIAL
2. EL PROFUNDO “SIGNIFICADO EMOCIONAL” DEL TÉRMINO SOLIDARIDAD
3. SEMÁNTICAS DE SOLIDARIDAD EN EL LENGUAJE NORMATIVO
4. SEMÁNTICAS DE SOLIDARIDAD EN EL LENGUAJE JURISPRUDENCIAL
5. MECANISMOS NORMATIVOS DE SOLIDARIDAD: LA PREEMINENCIA DE UNA SOLIDARIDAD “EXCLUSIVA” DERIVADA DE CONSIDERACIONES FINANCIERAS
6. EL PARADIGMA DEL “BUEN ANTEPASADO”: SOSTENIBILIDAD (FINANCIERA Y SOCIAL) Y SOLIDARIDAD INCLUSIVA
7. BIBLIOGRAFÍA



## **1. LA IDEA DE SOLIDARIDAD COMO ESENCIA DEL ESTADO SOCIAL**

Como acertadamente recuerda Alarcón Caracuel (1999, pp. 15-20), la consagración del Estado Social en el constitucionalismo comparado del siglo XX –a partir de Weimar (1919), con el precedente inmediato de Querétaro (1917), y su generalización en Europa tras la II Guerra Mundial–, implica la asunción por el Estado de un papel intervencionista en las relaciones económicas. Junto a los derechos civiles y políticos propios del liberalismo, se reconocen derechos económicos y sociales, que poseen una “funcionalidad” diversa: aquellos dirigidos a garantizar los principios formales de la democracia y estos destinados a construir las bases materiales de la misma” (Alarcón Caracuel y González Ortega, 1987, p. 27).

El principal objetivo del Estado Social queda reflejado en nuestro art. 9.2 CE, que dirige un mandato a los poderes públicos para “promover” una igualdad “real y efectiva” entre “los individuos y los grupos en que se integra”. A tal fin, se articulan mecanismos de redistribución de la riqueza que sirven de contrapeso a las eventuales consecuencias negativas que el mantenimiento de una economía capitalista de mercado puede suponer a una parte significativa de la población, lo que tiene lugar principalmente a través del sistema fiscal y del gasto social. De este modo, se afirma que “el principio redistributivo se basa en una idea de solidaridad para conseguir una mayor justicia” (Alarcón Caracuel, 1999, p. 17).

Efectivamente, la idea de solidaridad forma parte del ADN del Estado Social y está íntimamente conectada con las ideas de universalidad, igualdad sustantiva y no discriminación. Uno de los ámbitos más representativos en los que encuentra su razón de ser es en el sistema de Seguridad Social, “columna vertebral del Estado del Bienestar” (Pacto de Toledo, 2020a, p. 70). De hecho, la solidaridad es una idea fuerza presente en algunas técnicas de protección inespecífica como las mutualidades, desarrolladas en el contexto de las Corporaciones gremiales, y constituye, junto al principio de obligatoriedad “antecedentes conceptuales importantes” de los Seguros Sociales, antecedente inmediato de aquél (Alarcón Caracuel y González Ortega, 1987, p. 19),

## **2. EL PROFUNDO “SIGNIFICADO EMOCIONAL” DEL TÉRMINO SOLIDARIDAD**

Sin embargo, estamos ante un término que se caracteriza por su marcado “significado emocional”. Es decir, más allá de cómo se defina “su significado descriptivo”, tiene la capacidad de “provocar sistemáticamente determinadas respuestas emocionales en la mayoría de las personas” (Carrió, 1965). La “carga emotiva” de determinadas palabras “perjudica su significado cognoscitivo [pues]... la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable” (Calsamiglia, 1991, 16).

Por ello tiene sentido ahondar acerca de qué se quiere decir cuando afirmamos que el sistema de Seguridad Social se sustenta en una idea de solidaridad. En ocasiones, la narrativa sobre derechos (en particular sobre derechos sociales) está imbuida de ciertas dosis de retórica que es preciso clarificar. Ello sucede con la expresión solidaridad, caracteriza por su “significado emocional” o “carga emotiva”.

Ciertamente es una cuestión que ofrece dificultades conceptuales que no pueden abordarse adecuadamente en esta contribución. Por ello, se plantean algunas modestas consideraciones acerca de la idea de solidaridad que permitan abrir un diálogo dirigido a clarificar qué consideración y alcance posee en el ámbito de la Seguridad Social. Por ello se considerarán dos ámbitos o niveles diversos. En primer lugar, desde una perspectiva más formal, si se quiere, un acercamiento al uso del término en la legislación y la jurisprudencia, que permita ofrecer una base para la construcción del concepto jurídico de solidaridad. En segundo lugar, desde una óptica **más sustantivo**, una primera revisión de algunos mecanismos de solidaridad que pueden identificarse en la normativa de Seguridad Social, señalando los límites y direcciones en los que se desarrolla la idea de solidaridad.

### 3. SEMÁNTICAS DE SOLIDARIDAD EN EL LENGUAJE NORMATIVO

Las referencias expresas a la solidaridad en nuestra Constitución son escasas y no se vinculan directamente al reconocimiento de derechos sociales, sino que hacen referencia a la organización territorial del Estado (solidaridad interterritorial y solidaridad entre todos los españoles)<sup>1</sup> y al medio ambiente (solidaridad colectiva).<sup>2</sup> La Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), en cambio, sí que lo incorpora en diversos preceptos, siendo posible identificar diversos tipos o manifestaciones de solidaridad en la norma.

En primer lugar, la solidaridad se enumera en el art. 2.1 LGSS entre los principios sobre los que se fundamenta el sistema de Seguridad Social, junto a los de universalidad, unidad e igualdad. Un reconocimiento que contrasta con la ausencia de otros principios, como el de suficiencia prestacional, que conforma el modelo constitucional de Seguridad Social,<sup>3</sup> que sí recoge la última formulación del Pacto de Toledo (2020) en su Recomendación 0 (Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones.), y cuya vinculación con la solidaridad en sigue su Recomendación 15 (Solidaridad y garantía de suficiencia).

Diversos artículos de la LGSS relacionados con la gestión y financiación del sistema recogen una variante o concreción del principio de solidaridad. Así, el principio de solidaridad financiera y unidad de caja se enumera entre los principios a los que debe sujetarse “(l)a gestión y administración de la Seguridad Social” en el art. 66 LGSS,

<sup>1</sup> Con carácter general, el art. 2, al reconocer el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones, proclama “la solidaridad entre todas ellas” con carácter general. Para su efectividad, y “corregir desequilibrios económicos interterritoriales”, el art. 158.2 CE establece la creación de un “Fondo de Compensación”. También el art. 128.1 CE impone al Estado la garantía de aquel principio de solidaridad, debiendo velar “por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular”.

Por su parte, el art. 156.1 CE, al proclamar la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para el desarrollo de sus respectivas competencias, establece dos parámetros: la “coordinación con la Hacienda estatal” y la “solidaridad entre todos los españoles”.

<sup>2</sup> La Constitución realiza un llamamiento a la solidaridad ciudadana en apoyo de la ejecución del mandato dirigido a los poderes públicos para “...proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva” (art. 45.2).

<sup>3</sup> Este precepto fue introducido por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. Uno de los objetivos de la norma fue el de paralizar los efectos de la STC 239/2002, de 11 de diciembre, que permitía a las Comunidades Autónomas aprobar complementos a pensiones de viudedad. En este sentido, conecta con el art. 38.4 LGSS/1994, también introducido por aquélla, según el cual cualquier prestación pública cuya finalidad sea la de “complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social...forma parte del sistema de la Seguridad Social”, estando sujeta a los principios anteriormente enumerados (Colás-Neila, 2005, pp. 289-290).

relativo a las Entidades Gestoras. Referencia reiterada en el art. 74.1 LGSS, que regula el objeto de la Tesorería General de la Seguridad Social. Por su parte, el art. 102 LGSS, sobre colaboración de las empresas, señala, en su apartado 5º, que los diferentes supuestos de colaboración enumerados en el propio precepto deberán regularse armonizando “el interés particular por la mejora de las prestaciones y medios de asistencia con las exigencias de la solidaridad nacional”.

Por último, en el art. 153 LGSS (Régimen General) y en el art. 309 (RETA) se utiliza el término para acuñar una nueva cotización (“cotización especial de solidaridad”), sin efectos de cara a acceder a prestaciones, pensada en los casos en que se compatibiliza pensión de jubilación y trabajo.

Como se verá, algunas instituciones y mecanismos recogidos en la LGSS se sustentan en algunas de las formulaciones previas del principio de solidaridad, con resultados diversos.

#### **4. SEMÁNTICAS DE SOLIDARIDAD EN EL LENGUAJE JURISPRUDENCIAL**

A pesar de que, como se dijo, la Constitución no utiliza expresamente el término solidaridad relacionado con los derechos sociales, el Tribunal Constitucional sí que lo ha utilizado en algunos casos, subrayando que se trata de un valor constitucional implícito vinculado con otros reconocidos expresamente como la igualdad real y efectiva. Así sucede tempranamente se alude al principio de solidaridad en relación con la jubilación obligatoria, si bien desde una perspectiva de “política de reparto o redistribución de trabajo” que puede limitar temporalmente “el ejercicio del derecho individual al trabajo [de parte de la población] mediante la fijación de un periodo máximo en que ese derecho puede ejercitarse” (FJ 8).<sup>4</sup> Desde esta vertiente colectiva del derecho al trabajo (art. 40.1 CE), la limitación de la vertiente individual (art. 35.1 CE) se justifica en la medida que “tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2 -el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás-, y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (artículo 9 de la Constitución)” (FJ 9).

En cuestiones relativas a Seguridad Social en sentido estricto, la solidaridad se reconoce como deber y como principio en relación con la constitucionalidad del límite de la cuantía señalado legalmente para pensiones concurrentes.<sup>5</sup> El régimen legal de las prestaciones de seguridad social impone unos límites marcados por el respeto al principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad garantizadas constitucionalmente. Como señala el Tribunal, del tenor literal de los arts. 41 y 50 CE no se desprende que todas las pensiones iniciales deban mantener su cuantía prevista, ni que todas las pensiones ya causadas deben incrementarse anualmente. El art. 41 CE asegura la suficiente cobertura de las situaciones de necesidad, algo que el Tribunal considera que cumple de sobras la cuantía máxima establecida legalmente. De otro lado, el art. 50 CE alude al concepto de “pensión adecuada”, que debe considerar las circunstancias sociales y económicas concurrentes en cada momento, “sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de

<sup>4</sup> STC 22/1981, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:1981:22), que resolvía una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la DA 5ª del Estatuto de los Trabajadores que permitía la jubilación obligatoria.

<sup>5</sup> STC 134/1987, de 21 de julio (ECLI:ES:TC:1987:134).

necesidades sociales”. El legislador no sobrepasa el ámbito de las funciones que debe ejercer al valorar dichas circunstancias y, en su caso, establecer límites a las nuevas pensiones o negar la actualización temporal a las que superen una determinada cuantía. Más allá de las eventuales discrepancias respecto a lo acertado de la decisión del legislador, la sentencia señala que “no puede prescindir del deber de solidaridad entre todos los ciudadanos”.

La solidaridad como principio se utiliza por el Tribunal para rebatir el argumento del escaso número de pensiones más altas y, en consecuencia, el poco impacto que su limitación tendría sobre los recursos financieros de la Seguridad Social, de forma tajante: “Tal razonamiento supone, con su simple enunciado, la negación misma del principio de solidaridad, una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios. Así, ciertas declaraciones constitucionales, como el de ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1), lejos de apoyar las tesis sustentadas por el TCT pueden ser invocados precisamente en su contra cuando se mantienen y actualizan las pensiones más bajas y se limitan las más altas en atención, como se ha dicho, a los recursos limitados que a todos ellos pueden dedicarse”.<sup>6</sup>

Esta doctrina es seguida posteriormente en un supuesto sobre revalorización y actualización de pensiones, si bien la lectura realizada por la mayoría del Tribunal y por los magistrados que formulan el voto particular diverge en las consecuencias. Mientras la mayoría de los magistrados sostiene que la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas se sustenta en motivaciones vinculadas al control del gasto público y al principio de solidaridad, que suponen una justificación objetiva y razonable para su limitación, quienes formulan y apoyan el voto particular consideran que se olvida o pasa por alto la formulación realizada en los años ochenta por el Tribunal Constitucional.<sup>7</sup>

En dicho voto particular se afirma que el principio de solidaridad es un canon que juega un papel importante en los juicios de constitucionalidad relativos a medidas en las que se restrinjan prestaciones sociales. Lo anterior conduce en el caso enjuiciado, en el que el poder adquisitivo de las pensiones se produce de manera generalizada, equiparando pensiones de cuantía más baja (incluyendo las perceptoras de complemento a mínimos) y las más altas (incluyendo las que obtienen la cuantía máxima), a afirmar que “(u)na regla jurídica de semejante contenido normativo confronta y agrede sin miramiento alguno el principio de solidaridad, que, como la propia STC 134/1987, FJ 5, hace notar, mantiene estrechas vinculaciones con «ciertas declaraciones constitucionales, como el de ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para

<sup>6</sup> Esta doctrina es reiterada posteriormente en un supuesto parecido, en el que se abunda en el estrecho vínculo entre el principio de solidaridad y el principio de igualdad. La STC 100/1990, de 30 de mayo (ECLI:ES:TC:1990:30) conoce de un supuesto en el que se limitaba la revalorización de pensiones de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral de Navarra, señalando que el principio de solidaridad “en sí mismo considerado, abunda en la razonabilidad de la medida establecida, y ya es sabido que, según doctrina reiterada, el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables, de acuerdo con aquellos juicios de valor generalmente aceptados”.

<sup>7</sup> STC 49/2015, de 5 de marzo (ECLI:ES:TC:2015:45). Otro de los argumentos a favor de la constitucionalidad de la norma recurrida en este caso tiene que ver con la interpretación realizada por la mayoría del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, que se entiende circunscrito a normas “ex post facto” sancionadoras o limitativas de derechos fundamentales, por lo que, más allá de ambos casos, el legislador puede, desde la óptica constitucional, dotar a la norma del grado de retroactividad que estime conveniente.

el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1) »”.

La relevancia de este voto particular radica en su enraizamiento con las primeras interpretaciones constitucionales desarrolladas por el Tribunal, que hacen emerger el principio de solidaridad de los contenidos constitucionales relativos al Estado Social. Enlaza con esta idea la argumentación de García Roca (1997), para quien la Constitución no realiza “un entendimiento formalista del derecho ni es indiferente en materia de valores sino que los integra con alcance prescriptivo en el ordenamiento jurídico que presida”; por ello, a pesar de que la solidaridad no se mencione expresamente en el art. 1.1 CE, debe entenderse como valor del ordenamiento jurídico que se halla “en otros preceptos constitucionales dados sus contenidos claramente axiológicos”

## **5. MECANISMOS NORMATIVOS DE SOLIDARIDAD: LA PREEMINENCIA DE UNA SOLIDARIDAD “EXCLUSIVA” DERIVADA DE CONSIDERACIONES FINANCIERAS**

Más allá de las referencias explícitas a la solidaridad en el lenguaje normativo y jurisprudencial, son diversas las categorías y mecanismos sustentados en esa idea-fuerza, reconocida como principio en algunos casos, que pueden identificarse en la legislación de Seguridad Social, que se dirigen (con suerte desigual) a la consecución de esa finalidad redistributiva que le es propia.

La estructura de nuestro sistema de Seguridad Social erigido en torno a dos niveles de protección, contributivo y universal, con lógicas protectoras y de financiación diversas, determina diferentes manifestaciones del principio de solidaridad. Ello en tanto que la idea de solidaridad implica considerar un colectivo de personas entre quienes se generan aquellos vínculos en direcciones, con contenidos y con intensidades diversas. Por tanto, el ámbito de aplicación subjetivo en cada nivel de protección, en consonancia con las situaciones protegidas reconocidas, ya supone limitar de qué forma debe entenderse la solidaridad. Pero más allá de esta primera consideración, la lógica de protección y financiación, marcan también fuertemente de qué hablamos cuando aludimos a la solidaridad.

Como ha sostenido Alarcón Caracuel (1998, pp. 27, 30), la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo en su primera versión de 1995, separa “claramente la esfera de la solidaridad de la esfera de la contributividad”. En la primera, se protege al conjunto de la ciudadanía a través de prestaciones en especie o económicas de subsistencia, financiadas con cargo al sistema impositivo general al que contribuyen todos los ciudadanos. En la segunda, las prestaciones económicas poseen la naturaleza de rentas de sustitución de las rentas profesionales dejadas de percibir, de cuantía que trata de ser proporcional a las cotizaciones efectuadas por la persona beneficiaria.

González Ortega (1998, p. 35), concibe la contributividad en ese sentido de proporcionalidad entre prestación y cotización previa, lo que sitúa “(l)a solidaridad... extramuros del sistema contributivo... en [el terreno de] las prestaciones asistenciales y en la garantía de mínimos”. De este modo, insiste, “la autonomía de lo contributivo descarga en lo asistencial las obligaciones de solidaridad que son las que constituyen el núcleo caracterizador de los sistema de Seguridad Social” (González Ortega, 1998, p. 49). Prosigue, acertadamente, afirmando que el principio inspirador de la reforma es de “naturaleza

financiera”, al que se subordina la lógica protectora con importantes consecuencias conceptuales, como la repercusión que la separación de fuentes de financiación supone a nivel prestacional. La distinción de prestaciones según su financiación implica, así, asumir la existencia de una “frontera insalvable entre ambas partes que impide los flujos de solidaridad interna y más global” (González Ortega, 1998, pp. 51-52).

En el mismo sentido, para Alarcón Caracuel (1998, p. 30), la lectura que la norma realiza de la solidaridad no es neutra y tiene como consecuencia que aquella se vea atenuada. Las cotizaciones realizadas por las personas beneficiarias funcionan como “medida de la solidaridad”. De esta forma, “(l)a solidaridad del reparto queda... matizada” por la vinculación de la cuantía de la prestación a la cuantía de las cotizaciones previas.

Teniendo en cuenta lo anterior, que no sólo sigue siendo válido en la actualidad sino que viene reforzándose, podría afirmarse, que el nivel contributivo responde a una idea de solidaridad “exclusiva”, que tiene lugar en relación con un grupo determinado que se caracteriza por la homogeneidad de los miembros que lo componen y de los intereses que persiguen, revertiendo en beneficio de aquellos que integran el grupo y en detrimento de los que se halla fuera. En cambio, el nivel no contributivo, respondería a una concepción de la solidaridad “inclusiva” como aquélla en la que no existe homogeneidad entre las personas que forman el colectivo ni en sus intereses, incluyendo en su seno esa diversidad.<sup>8</sup> Entender la solidaridad como un principio programático estrechamente ligado al principio de igualdad y no discriminación permite no sólo alcanzar una solidaridad “real” sino esta solidaridad “inclusiva” (López López, 2022).

Dos expresiones del principio de solidaridad, con las limitaciones anteriores, se dan citan en el nivel contributivo: el principio de solidaridad interterritorial (que conduce a la construcción del principio de caja única) y el principio de solidaridad intergeneracional (sobre el que erige el sistema de reparto propio de nuestro modelo). Además, diversas instituciones responden a esta idea de solidaridad exclusiva, entre las personas aseguradas por el sistema, como son la fijación de bases mínimas y máximas de cotización, el establecimiento de topes a las cuantías de las prestaciones a percibir o el tratamiento de las lagunas de cotización a efectos de calcular las bases reguladoras.

Particular mención debe realizarse, en clave de género, en relación con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (que sustituye al complemento por maternidad por aportación demográfica), que trata de amortiguar el perjuicio que las mujeres trabajadoras han sufrido a lo largo de su carrera profesional por tener que asumir un rol principal en tareas de cuidados de hijos que tiene repercusiones en materia de pensiones. O el reconocimiento de la aportación, más allá de la puramente económica realizada a través de la correspondiente cuota, realizada a través del trabajo no remunerado, como sucede con el Convenio especial para cuidadores no profesionales de personas beneficiarias de la Ley de dependencia.

En cambio, en el nivel no contributivo, aún con una amplitud e intensidad protectoras menores, sí puede afirmarse la existencia de una solidaridad inclusiva en el sentido señalado por López López (2022). El reconocimiento de nuevas prestaciones como el ingreso mínimo vital da muestras, a pesar del encorsetamiento que el mantenimiento de la separación de fuentes de financiación supone, de la posibilidad de reorientar el sistema en un sentido más inclusivo. De hecho, la consideración de los sistemas públicos de protección social en su

<sup>8</sup> Sobre la distinción entre solidaridad exclusiva e inclusiva vid. (Bude, 2019, p. 144 ss.). Otros autores han sugerido tipologías diversas de solidaridad predicables de la seguridad social como institución, comparando con sistemas previos como la caridad y asistencia social, distinguiendo una solidaridad horizontal de otra vertical (vid. Trueba, 1994, p. 231), que contraponen la asunción de sociedades más igualitarias y menos igualitarias, respectivamente.

conjunto permite señalar más ejemplos de la existencia implícita de esta idea de solidaridad inclusiva en su conceptualización y funcionamiento. La creación del sistema para la promoción de la autonomía personal y la protección de las situaciones de dependencia, con pocos claros y muchos oscuros, es probablemente el caso más evidente.

## **6. EL PARADIGMA DEL “BUEN ANTEPASADO”: SOSTENIBILIDAD (FINANCIERA Y SOCIAL) EN CLAVE DE SOLIDARIDAD INCLUSIVA**

Sostenibilidad y envejecimiento de las sociedades son dos megatendencias sociales que conciernen a los actuales sistemas públicos de Seguridad Social. La idea de sostenibilidad, anudada tradicionalmente al ámbito medioambiental, ha cuajado como finalidad que deben perseguir algunas instituciones. El relato político y jurídico en torno a la Seguridad Social ha incorporado en los últimos años la idea de sostenibilidad financiera, que ha sido metabolizada y dado lugar a reformas cuya principal finalidad ha sido la de asegurar la pervivencia del sistema. Uno de los principales argumentos ha sido el profundo impacto que las proyecciones demográficas indicaban sobre sistemas de reparto sustentados en la solidaridad intergeneracional, como se pone de manifiesto expresamente en las exposiciones de motivos de las últimas normas.

En este sentido, al hilo de la fuerte inflación que se está produciendo durante la primera mitad de 2022 y la recuperación de la revalorización de las pensiones conforme al IPC, se ha planteado en el debate público la validez del principio de solidaridad intergeneracional (Molina, 2022). Se afirma, en esencia, que las personas trabajadoras, muchas de las cuáles jóvenes cuyas condiciones de trabajo son precarias, que encuentran grandes dificultades para emanciparse y llevar a cabo su proyecto de vida, son quienes deben afrontar la financiación de las pensiones de personas que, en muchos casos, no se encuentran en una situación económica delicada.

Más allá de que la argumentación no proporciona suficientes datos para sostener el panorama que describe y del desconocimiento del funcionamiento del sistema que demuestra, desgajándolo del contexto en que se inserta, sí que es cierto que nos compele a repensar la conceptualización tradicional de la solidaridad intergeneracional, como solidaridad exclusiva, con eventuales resultados de generación de desafección, y la consiguiente falta de implicación democrática, respecto al sistema.

Vinculado a esta necesidad de repensar la solidaridad intergeneracional formulada en los términos clásicos de contributividad y solidaridad exclusiva impuestos por el dogma de la separación de fuentes de financiación, puede realizarse una nueva lectura de la solidaridad intergeneracional en clave de sostenibilidad que apela a las generaciones presentes en relación con las futuras que se situaría en la línea de la defensa de la idea del “buen antepasado” formulada por Krznaric (2022), en contraposición a la cultura del cortoplacismo imperante. Entre las seis maneras que propone para pensar a largo plazo, destacan lo que denomina “pensamiento catedral”, que implicar la planificación de proyectos que perduren más allá de la propia vida, conectado con la idea de justicia intergeneracional, que implica considerar a la séptima generación futura.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Las otras cuatro fórmulas planteadas hacen referencia a la comprensión de lo que significa nuestro paso en el tiempo (“humildad del tiempo profundo), la idea de dejar un buen recuerdo para la posteridad (“mentalidad de legado”), múltiples caminos para la civilización (“previsión holística”) y una aspiración a la prosperidad de todo el planeta (“objeto trascendental”).

Las diferentes reformas que se vienen sucediendo, y las que se plantean acometer en breve, dirigidas a garantizar una sostenibilidad financiera que se conjugue con unas prestaciones suficientes, ¿pueden verse como un mecanismo de solidaridad con generaciones futuras en los términos planteados por Krznaric? Existen dudas de peso para poder afirmarlo. En primer lugar, porque no se abandona la separación de fuentes de financiación como principio al que se condiciona el resto del sistema. Romper con ese paradigma, impuesto desde los noventa, y considerar el sistema de Seguridad Social como una pieza más del complejo entramado del Estado del Bienestar, guiado por un principio de solidaridad inclusiva, se hace preciso para garantizar una efectiva redistribución de la riqueza. No considero que la protección de las diversas generaciones, actuales y futuras, deba ecualizarse como vasos comunicantes de modo que la mejora de unos vaya en detrimento de otros.

Durante las últimas décadas, las reformas del sistema de pensiones han estado fuertemente vinculadas a las directrices y recomendaciones emanadas desde instancias europeas en el marco de la gobernanza económica (Colàs-Neila, 2016). En la actualidad, este mecanismo de gobernanza se integra a nivel interno con la gobernanza que constituyen los mecanismos integrantes del Pacto de Toledo, que se expresan a través de los Fondos Next Generation EU. En particular, el Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia hace referencia a la “Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo” como objetivo general que se asienta en tres fines particulares: la eliminación del déficit del sistema; la profundización en los ajustes paramétricos que permitan incrementar de forma constante la edad de jubilación para situarla por encima de la media europea y la introducción de nuevos incentivos tendentes a prolongar la edad de jubilación; y el despliegue de sistemas complementarios en el ámbito empresarial y profesional.

Para contribuir a alcanzar estos objetivos, se enumeran hasta nueve reformas, entre los que destaca culminar el proceso de separación de fuentes de financiación, con el objetivo de recuperar el equilibrio financiero, y la adecuación del periodo de cómputo para el cálculo de la jubilación de las nuevas carreras de cotización, que trata de fortalecer la progresividad y el carácter contributivo del sistema. A pesar de que en este último caso se considera la irregularidad de las carreras de cotización que supone cada vez más lagunas, previendo mecanismos para mitigarla, en ambos supuestos se profundiza en una visión de la solidaridad exclusiva, que, dirigida a la consecución de la sostenibilidad financiera, deja de lado la sostenibilidad social, presente y futura.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R. (1998) «La reforma del sistema de pensiones en España», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, (12), pp. 21-33.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. (1999) *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1987) *Compendio de Seguridad Social*. 2.ª ed. Madrid: Tecnos.

CALSAMIGLIA, A. (1991) «Filosofía jurídica analítica del lenguaje natural», en *Prólogo a la Teoría del Derecho de C. S. Nino*. Barcelona: Ariel.

CARRÍO, G. R. (1965) *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 1.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.



COLÀS-NEILA, E. (2016) «Reconfiguring the employment-pension connection in times of austerity», *European Labour Law Journal*, 7(3), pp. 461-478.

GARCÍA ROCA, F. J. (1997) «Asimetrías autonómicas y principio constitucional de solidaridad», *Revista Vasca de Administración Pública - Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, (47), pp. 45-96.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1998) «La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, (12), pp. 35-53.

KRZNNARIC, R. (2022) *El buen antepasado. Cómo pensar a largo plazo en un mundo cortoplazista*. Madrid: Capitán Swing.

LÓPEZ LÓPEZ, J. (2022) «Inscribing solidarity in labor law: promise and limitations», en López López, J. (ed.) *Inscribing Solidarity: Debates in Labor Law and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press.

MOLINA, E. (2022) «Los pensionistas “devorando” a sus hijos», *El País*, 2 junio.

PACTO DE TOLEDO (2020a) «Informe de evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 19 de noviembre de 2020)», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, pp. 1-100. Disponible en: [http://www.comunidad-tdah.com/contenido/images/tdah\\_proposicion\\_pp.pdf](http://www.comunidad-tdah.com/contenido/images/tdah_proposicion_pp.pdf).

PACTO DE TOLEDO (2020b) «Informe de evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 19 de noviembre de 2020)», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, pp. 1-100.

# **RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA PRESTACIONAL. APUNTES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE IMPUTACIÓN Y PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN<sup>1</sup>**

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. ANTECEDENTES
3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL
4. ALGUNAS IDEAS EN ORDEN AL FUTURO REGLAMENTO DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN A LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL
5. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

---

<sup>1</sup> Agradezco que los promotores de este libro me hayan dado la oportunidad de mostrar mi reconocimiento de la importantísima aportación del profesor Gonzalez Ortega a la construcción de nuestro moderno sistema de Seguridad Social. Ciertamente, nuestro sistema de protección social y la construcción de una disciplina académica sobre la Seguridad Social no se entiende sin los trabajos y brillantes argumentos del profesor González Ortega que desde un planteamiento netamente académico se ha preocupado de aportar las mejores ideas para la articulación de nuestro Estado Social. Quiero con estas líneas agradecer al profesor González Ortega que desde mi llegada a la Universidad Carlos III de Madrid como profesor asociado, haya considerado valiosa la colaboración en distintos proyectos académicos de operadores prácticos de la Seguridad Social como es mi caso.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el programa normativo del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, se prevé la aprobación de un reglamento que regule el procedimiento de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones. Creo que esta circunstancia constituye una buena ocasión para escribir unas líneas que desarrollen algunas ideas sobre la articulación de la hipotética norma. Naturalmente, el contenido de este trabajo constituye un ejercicio voluntarista o voluntarioso sobre las líneas por donde debería ir la articulación de un reglamento regulador de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

## 2. ANTECEDENTES

Desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, el aseguramiento de las contingencias protegidas por la Seguridad Social ha permitido desplazar la responsabilidad del empresario en la administración institucional del sistema, de manera que el incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento o del pago de la cotización determinaba la asunción por el empresario de la responsabilidad en la prestación, pese a que hasta el Decreto 931/1959 en la protección por vejez e invalidez la falta de aseguramiento del empresario no desplazaba la responsabilidad si el trabajador no ponía en conocimiento de la entidad gestora la falta de alta<sup>2</sup>.

La Ley de Seguridad Social, aprobada por Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre bases de la Seguridad Social, establece los fundamentos del moderno sistema español de Seguridad Social. La concepción inicialmente es distinta, de manera que corresponde al Estado garantizar una prestación adecuada, desplazándose al empresario la responsabilidad de las prestaciones cuando incumplía sus obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y cotización<sup>3</sup>, y permanece aún vigente en la actualidad.

El artículo 94 LSS establece como regla general la responsabilidad de la entidad gestora o colaboradora, así como los supuestos de imputación de la responsabilidad empresarial, concretándose en los supuestos de incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación o alta, los incumplimientos en el ingreso de la cotización o por la diferencias en la determinación de la prestación a causa de infracotización, responsabilidad que por otro lado, será compatible con las responsabilidades de carácter administrativo o de otro orden que se pudieran derivar.

El precepto determinaba también que el Fondo de Garantía asumiera ante los beneficiarios la insolvencia empresarial en los casos de incapacidad laboral transitoria, invalidez permanente, muerte o de invalidez permanente derivada de accidente no laboral.

El artículo 95 LSS establece el principio de automaticidad en las prestaciones para las prestaciones de desempleo, asistencia sanitaria y protección a la familia, y la obligación empresarial de ingresar un capital coste cuando se acuerde su responsabilidad. Igualmente

<sup>2</sup> Aragón Gómez, C. “La prestación contributiva de Seguridad Social”. Lex Nova Thomson Reuters. Pamplona 2013. Pág. 223.

<sup>3</sup> González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S. “Introducción al derecho de la Seguridad Social”. Tirant Lo blanch. Valencia 2020. Pág. 255.

se regula el anticipo de las pensiones de vejez en los casos de incumplimiento de la obligación de cotizar y el trabajador se encuentre en alta.

Por su parte el artículo 96 LSS determina el procedimiento administrativo para exigir la responsabilidad empresarial. Por último, el artículo 97 LGSS determina la derivación de la responsabilidad en los casos de contrata y subcontratas, en los casos de sucesión de empresas o en los casos de cesión de mano de obra.

El artículo 17.1 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, reafirmó la responsabilidad empresarial por los incumplimientos de las obligaciones de aseguramiento y de cotización, previa la determinación de los supuestos de imputación, de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerlo efectivo. En este sentido, la DT 2ª del Decreto 1645/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, establecía la aplicación transitoria de los artículos 94, 95, 96 y 97 LSS. Estos preceptos no se integrarán en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, manteniendo un rango reglamentario que como dije anteriormente aún pervive.

A partir, de este momento, tanto el legislador como las entidades gestoras han abdicado de una regulación más detallada de la institución, dejación que también debe predicarse respecto de la regulación de la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de medidas de seguridad, actualmente reguladas en los artículos 164, 242, 244 LGSS. Así, las únicas reformas significativas en el régimen de responsabilidades empresariales se realizan por el artículo 34 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre para establecer el límite de los anticipos de las prestaciones en el 2,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional, ahora del IPREM, y la encomienda de la competencia al INSS para determinar la responsabilidad empresarial y el recargo de prestaciones en el RD 1300/1995, de 21 de julio. Esta abdicación normativa y ejecutiva determina que haya sido la jurisprudencia la que haya modulado los contornos modernos de la institución jurídica.

Por otra parte, existen otros nuevos supuestos de responsabilidad empresarial como es caso del supuesto previsto en la disposición adicional segunda del RD 1132/2002, de 31 de octubre, por el que se establece la responsabilidad de la empresa de abonar a la entidad gestora del importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato de relevo hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada, para los que se carece de una norma adjetiva que determine el modo de concretar la imputación de responsabilidad por esta causa.

Por último, la inexistencia de una norma que determine los criterios de responsabilidad compartida entre la entidad gestora y las entidades colaboradoras o entre éstas entre sí, determina una litigiosidad de todo punto indeseable.

### **3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL**

La política normativa en materia de Seguridad Social no deja de ser extraña, así junto a un permanente frenesí normativo encontramos instituciones reguladas por normas arcaicas, que no responden a las necesidades actuales, y cuyos perfiles se construyen

jurisprudencialmente, entre éstas cabe destacar la normativa en materia de responsabilidad empresarial en cualquiera de sus vertientes. De este modo es el Tribunal Supremo el que ha ido construyendo según su parecer una teoría o mejor dicho varias teorías sobre la responsabilidad empresarial partiendo de la regulación efectuada por la Ley de Seguridad Social de 1966.

En relación con la responsabilidad empresarial derivada de la falta de aseguramiento del trabajador a través de la afiliación y/o alta se han distinguido dos tipos de protección, según que el incumplimiento se produzca a la hora de causar prestaciones derivadas de contingencias profesionales o de contingencias comunes.

En el caso de causarse prestaciones derivadas de contingencias profesionales la falta de afiliación y/o alta en la fecha del hecho causante se afirma la responsabilidad empresarial en la integridad de la prestación<sup>4</sup>, aun cuando el alta se curse inmediatamente después<sup>5</sup>. Ahora bien, como garantía para el trabajador rige el principio de automaticidad de las prestaciones<sup>6</sup> que ya desarrollaba el artículo 95.3 LSS, de manera que la entidad gestora o colaboradora otorgará la prestación al beneficiario y posteriormente actuará frente al empresario responsable. El alcance de este principio supone imponer a la entidad aseguradora del accidente, sea la entidad gestora o la entidad colaboradora la responsabilidad de todas las prestaciones reconocidas por ley, obligándose a su pago directo, sin perjuicio del derecho que tiene la entidad que anticipa el pago a repetir contra el empresario incumplidor. De este modo, se establece un complejo cuadro de responsabilidades compuesto por los siguientes elementos: 1) El empresario incumplidor de estos deberes, es, en principio responsable directo de las prestaciones previstas para remediar las consecuencias del accidente; 2) la entidad gestora o la mutua de accidentes tiene la obligación de anticipar de manera inmediata el pago de la prestación al accidentado, si el empresario no lo hace; 3) subsiste la responsabilidad indirecta de garantía de las prestaciones a cargo de la entidad gestora, para el supuesto de insolvencia del sujeto responsable de las mismas, la empresa; y 4) tras el anticipo de prestaciones por parte de la mutua, ésta se subroga, en su caso, en los derechos del accidentado tanto frente al empresario responsable directo, como frente al INSS, responsable por vía de garantía.

Si bien este principio de indemnidad del trabajador queda relativamente garantizado en el vigente artículo 167.3.II LGSS, este principio queda limitado, pues en ningún caso el anticipo podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media del importe del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento del hecho causante.

En cambio, estas garantías no se predicán de forma tan contundente cuando la falta de afiliación y/o alta afecta al cumplimiento de los requisitos para causar prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente o de muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, al no aplicarse los principios de automaticidad y de responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora que en los casos de insolvencia empresarial puede dar lugar a situaciones de desprotección<sup>7</sup>. El Tribunal Supremo<sup>8</sup>, justifica esta limitación de las garantías institucionales en el hecho de que el artículo 95.1.2.ª LSS exija para estos supuestos la responsabilidad directa del empresario, que no puede confundirse con el incumplimiento en la cotización que sí conllevará anticipo con

<sup>4</sup> STS de 21 de septiembre de 2005 (recurso 3175/2004).

<sup>5</sup> STS de 27 de octubre de 2004 (recurso 5097/2003)

<sup>6</sup> STS de 18 de octubre de 2000 (recurso 4169/1999).

7 Gala Durán, Carolina. "La Responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones". Tratado de Derecho de la Seguridad Social. VVAA. Ediciones Laborum. Murcia 2017. Pág. 634.

<sup>8</sup> STS de 14 de junio de 2000 (recurso).

la ausencia total del alta, y en tercer lugar, que otra solución desnaturalizaría el carácter contributivo del régimen de la Seguridad Social, sin tener en cuenta, al propio tiempo, las exigencias de financiación. En el caso de la pensión de jubilación, el Tribunal Supremo determina la responsabilidad empresarial en proporción al periodo de incumplimiento, con anticipo parcial de la entidad gestora al no considerarse el requisito de alta como imprescindible para causar la pensión<sup>9</sup>.

En el fondo, la falta de las garantías institucionales obliga al trabajador a velar por el cumplimiento del requisito de alta, so pena de padecer las consecuencias de la insolvencia empresarial. Estamos así, ante un supuesto de imputación de culpas al trabajador por no ejercer la facultad que el ordenamiento le concede para instar su alta, eximiendo a la entidad gestora de las consecuencias del incumplimiento obligacional de la empresa, olvidándose las capacidades coactivas que la administración de la Seguridad Social ostenta, exención que a mi juicio puede alcanzar consecuencias desproporcionadas.

Igualmente, cuando el incumplimiento se refiere a la relación jurídica de cotización, la responsabilidad empresarial prestacional se articula de forma diferente, según se trate de una prestación que derive de contingencias profesionales o comunes.

Así, para determinar la responsabilidad empresarial por incumplimientos en la relación jurídica de cotización habrá que estar a la naturaleza del incumplimiento, distinguiéndose aquellos incumplimientos ocasionales o transitorios que eximen al empresario de responsabilidad y aquellos otros persistentes o rupturistas que determinan la imputación de la responsabilidad empresarial<sup>10</sup>. El problema reside en distinguir una y otra categoría, abundando las sentencias que se obligan a distinguir entre un caso y otro atendiendo a la duración de los descubiertos y al ánimo defraudatorio del empresario. Ahora bien, acreditado el carácter rupturista y defraudatorio del incumplimiento de la obligación de cotizar, se requiere que los descubiertos sean anteriores al hecho causante<sup>11</sup>, que el descubierto afecte particularmente al trabajador lesionado<sup>12</sup>, resultando indiferente que se abonen las cuotas con posterioridad al hecho causante<sup>13</sup>. A mi juicio, el hecho de que se centre la responsabilidad empresarial por descubiertos en la cotización en la gravedad del incumplimiento no determina que estemos ante una reacción punitiva del ordenamiento jurídico, sino que el trascendente incumplimiento debe vincularse al incumplimiento del aseguramiento, pues aun cuando formalmente se mantiene el alta, materialmente esa alta es intrascendente.

Como en el caso de los incumplimientos de las obligaciones de afiliación y/o alta, la responsabilidad empresarial conllevará la obligación de anticipar la prestación, con los consabidos límites legales, la acción para repetir contra la empresa, y la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora como fondo de garantía en el caso de insolvencia empresarial.

Distinta es la construcción jurídica que realiza el Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la relación jurídica de cotización cuando afecta al cumplimiento de los requisitos de acceso o la determinación de la cuantía de la prestación. En este sentido, la STS de 8 de mayo de 1997 (recurso 3824/1996) determina que la imputación de la responsabilidad empresarial, hay que centrarla en que el incumplimiento tenga trascendencia prestacional, de manera que la falta de cotización

<sup>9</sup> STS de 17 de marzo de 2006 (recurso 832/2005).

<sup>10</sup> STS de 1 de febrero de 2000 (recurso 694/1999).

<sup>11</sup> STS de 22 de febrero de 2001 (recurso 2033/2000).

<sup>12</sup> STS de 16 de febrero de 2016 (recurso 737/2014).

<sup>13</sup> STS de 16 de diciembre de 2009 (recurso 650/2009).

impida el cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación o determine una reducción de su cuantía. Así, lo trascendente no es la gravedad del incumplimiento, sino el daño prestacional que ocasiona, prescindiéndose del reproche sancionador para centrarse en el indemnizatorio.

Por tanto, es necesario que el incumplimiento afecte a los derechos subjetivos del beneficiario de la Seguridad Social<sup>14</sup>, determinándose la responsabilidad en la parte proporcional correspondiente a los descubiertos habidos, aunque estos no afecten a la carencia para obtener la pensión si tiene incidencia en el porcentaje<sup>15</sup>. Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha añadido otros condicionamientos subjetivos, como el ánimo defraudatorio<sup>16</sup>.

En cuanto a las reglas de anticipo, el artículo 95.2 LSS establecía que cuando el derecho a una pensión de vejez a un trabajador que estuviese en alta el empresario no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores, la entidad gestora anticipará al beneficiario el pago de la pensión.

#### **4. ALGUNAS IDEAS EN ORDEN AL FUTURO REGLAMENTO DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN A LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

##### **4.1. La necesidad de un reglamento que regule de forma completa el régimen de responsabilidades empresariales en materia de prestaciones de la Seguridad Social**

A mi juicio, una norma que regule la responsabilidad empresarial en materia de prestacional, debe proceder a regular los aspectos sustantivos y adjetivos de la autotutela declarativa y ejecutiva que debe ostentar el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en cuanto entidad gestora encargada de la gestión y control de las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

Esta regulación debe extenderse a todas las clases de responsabilidades empresariales reguladas en nuestro ordenamiento jurídico. Así se debe extender:

- a) A cumplimentar el mandato establecido en el artículo 167.2 LGSS en orden a establecer los supuestos de imputación y alcance de la responsabilidad por incumplimientos por falta de afiliación, altas, bajas y cotización.
- b) A regular los supuestos de imputación, declaración de la responsabilidad empresarial del recargo de prestaciones por falta de cumplimiento de medidas de prevención de riesgos profesionales regulado en el artículo 164 LGSS.
- c) A regular los supuestos de imputación y alcance de la responsabilidad prestacional por incumplimientos en materia prestacional que se pudiera derivar de los incumplimientos de las órdenes de la inspección de trabajo y de las resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos, previstos en el artículo 242 LGSS o por las responsabilidades derivadas de la falta de reconocimientos

---

<sup>14</sup> STS 21 de enero de 2014 (recurso 2885/2012).

<sup>15</sup> STS de 22 de julio de 2002 (recurso 4499/2001).

<sup>16</sup> STS de 25 de junio de 2003 (recurso 3478/2002).

médicos en los casos de riesgos específicos de enfermedad profesional previstas en el artículo 244 LGSS.

- d) A determinar la asunción del empresario del coste de la pensión de jubilación parcial por incumplimientos de suscripción y mantenimiento del contrato de relevo en los casos previstos en la DA 2ª RD 1131/2002, en los casos de jubilación parcial anticipada.
- e) La responsabilidad empresarial por la colaboración en la percepción indebida de prestaciones por parte de los trabajadores en los términos establecidos en el artículo 55.2 LGSS.
- f) en su caso a determinar las responsabilidades compartidas de las entidades colaboradoras

Igualmente, el reglamento debe regular los supuestos de imputación de responsabilidad alcance a otros empresarios en los supuestos establecidos en el artículo 168 LGSS y 42, 43 y 44 ET en los casos de contrata y subcontrata, sucesión de empresas, cesión de mano de obra y en aquellos otros supuestos en los que procede la extensión de la responsabilidad, como por ejemplo, sería el caso de los grupos de empresas patológicos.

Asimismo, el reglamento deberá regular un procedimiento administrativo común con las especialidades precisas según los casos, para la determinación de las responsabilidades, así como para la determinación de los capitales coste de prestaciones y la colaboración entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social para la recaudación del importe de estas responsabilidades.

La norma deberá regular también, el alcance de la actuación de las entidades colaboradoras en materia de determinación de las responsabilidades empresariales en materia prestacional.

Por último, la norma debería regular aquellos aspectos adjetivos tendentes a la colaboración con los órganos jurisdiccionales en ordena la ejecución de sentencias determinantes de responsabilidades empresariales en el ámbito prestacional.

No obstante, por razones económicas, nos centraremos en expresar algunas ideas en relación con la responsabilidad empresarial por incumplimientos de las obligaciones de aseguramiento y cotización.

#### **4.2. Ámbito de aplicación**

Las responsabilidades empresariales reguladas en la norma se deben extender a los empresarios encuadrados en los regímenes y sistemas de la Seguridad Social que empleen trabajadores por cuenta ajena, con la exclusión del sistema especial de empleados de hogar en relación con las responsabilidades empresariales derivadas de contingencias profesionales.

La determinación de la responsabilidad empresarial en vía administrativa debería recaer sobre todas las prestaciones del nivel contributivo de la Seguridad Social, incluidas las prestaciones aseguradas con entidades colaboradoras de la Seguridad Social. Asimismo, la aplicación de la norma se extenderá al reconocimiento de la responsabilidad empresarial sobre las prestaciones de asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales.

No debería extenderse esta norma a la determinación de la responsabilidad empresarial de las prestaciones de desempleo y cese de actividad.



#### **4.3. Responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento en materia de inscripción de empresas, afiliación y/o alta o bajas**

Como regla general, el incumplimiento empresarial de las obligaciones en materia de aseguramiento debería dar lugar a la responsabilidad absoluta del empresario cuando el incumplimiento empresarial a la fecha del hecho causante provoque el incumplimiento de los requisitos para causar la prestación, aun cuando el acceso a la prestación se produzca por el alta de pleno derecho prevista en el artículo 166.4 LGSS.

En cambio, no debería provocar tal consecuencia los incumplimientos que no impidan el acceso a la prestación por suplirse el requisito de alta o situación asimilada por la acreditación de un periodo de cotización, siendo a este respecto suficiente el ejercicio de la potestad sancionadora. No obstante, en estos casos, el tratamiento de la responsabilidad se podría reconducir al incumplimiento de la obligación de cotizar cuando la falta de alta y la consecuente cotización determine una merma en el contenido de la prestación.

El incumplimiento de la obligación de alta debe determinar el anticipo de la prestación por la entidad gestora o colaboradora en los casos de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, con la subrogación de la entidad que anticipa de las acciones que correspondían al trabajador y de la responsabilidad del INSS como fondo de garantía.

Por otra parte, en el caso de prestaciones derivadas de contingencias comunes, a nuestro juicio, una interpretación ajustada del deber institucional de protección establecido en el artículo 41 de la Constitución Española determina la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora en todos los casos en los que la empresas o empresas responsables resultaran insolventes. Esta responsabilidad subsidiaria debe alcanzar a las mutuas colaboradoras cuando sean las encargadas de la gestión de la prestación como sería el caso del aseguramiento de la prestación de incapacidad temporal.

#### **4.4. La responsabilidad prestacional derivada de los incumplimientos en materia de cotización**

Para abordar la responsabilidad empresarial derivada de la falta de cotización sería necesario diferenciar distintos aspectos: a) Si se trata de descubiertos totales de cotización o de infracotización de la base de cotización; b) si se trata de prestaciones que requieren para causarse acreditar periodos de cotización o no, y c) el carácter prolongado o rupturista o no del incumplimiento.

En el caso de que el incumplimiento afecte a periodos de cotización en descubierto, considero que se debe dar un tratamiento uniforme a las prestaciones que no requieran la acreditación de un periodo previo de cotización para causar la prestación. En este sentido, se debería dar el mismo tratamiento a la responsabilidad empresarial a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales que a aquellas que se deriven de accidente no laboral. No obstante, en este último caso, si el incumplimiento afectara al cálculo de la base reguladora se deberían aplicar las reglas de proporcionalidad que más adelante indicaremos para las prestaciones derivadas de contingencias comunes.

En estos supuestos considero válida la diferenciación jurisprudencial entre descubiertos definitivos, prolongados o rupturistas y aquellos otros esporádicos u ocasionales, a efectos de arbitrar la responsabilidad empresarial en el primer supuesto y posibilitar su exclusión en el segundo.

En este sentido, con la finalidad de superar las interpretaciones jurisprudenciales, no siempre unívocas, el reglamento debería ofrecer una definición del concepto de descubierto reiterado y rupturista, definición que debería tener en cuenta factores como el periodo de tiempo de descubierto concreto, distinguiendo si el descubierto es continuado o alterno, el incumplimiento de las obligaciones de liquidación previstas en el artículo 29 LGSS, o el caso omiso a las reclamaciones de deudas y actas de liquidación de cuotas. Asimismo, en estos casos, la determinación de la responsabilidad empresarial deberá tener en cuenta la individualización del descubierto en la cotización correspondiente al trabajador causante de la prestación, y que el descubierto reiterado sea anterior al hecho causante de la prestación.

Por otra parte, considero necesario aplicar el principio de proporcionalidad en la determinación del alcance de la responsabilidad empresarial, en este sentido, para los trabajadores en alta, la responsabilidad empresarial debería concretarse en la proporción del descubierto en relación con el periodo en alta del trabajador en dicha empresa.

Si como es el caso de las prestaciones derivadas de accidente no laboral, el descubierto afecta al cálculo de la base reguladora ocasionando una merma de su cuantía, la responsabilidad empresarial se debería determinar en la diferencia entre el cálculo de la pensión si no hubiera existido el descubierto y el resultante por el descubierto.

En el caso de descubiertos transitorios u ocasionales se aplicarían las reglas anteriores, si bien podría proceder una invitación al pago, en términos parecidos a los establecidos en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, quedando liberado el empresario de responsabilidad si ingresa en un plazo concreto las cotizaciones debidas, con los recargos e intereses oportunos, así como el abono de las sanciones pecuniarias que el incumplimiento hubiera dado lugar, permitiéndose a estos efectos la posibilidad de constituir un aplazamiento para satisfacer estas obligaciones. Esta medida permitiría medir el grado de adhesión empresarial al cumplimiento de las obligaciones del sistema, reparar el daño causado, prevenir incumplimientos futuros, y concretar el principio de proporcionalidad en el resarcimiento del daño producido.

La invitación al pago no procedería respecto a periodos en descubierto prescritos, en cuyo caso, la responsabilidad permanecería en relación con la parte proporcional que el periodo prescrito suponga en respecto a todo el periodo en alta en la empresa, o en la parte proporcional en la que se vea mermada la cuantía de la prestación a consecuencia del descubierto prescrito, liberándose de la responsabilidad por los periodos debidos y abonados por la empresa al no estar prescritos.

En los casos en que el incumplimiento se debiera a una infracotización, es decir, por cotizar por una base inferior a la correspondiente o por un epígrafe de primas de contingencias profesionales inferior al debido, la responsabilidad se articularía de acuerdo con las reglas expuestas, operando la responsabilidad sobre la diferencia entre la prestación calculada sobre las cotizaciones efectivas y aquellas por las que se debía haber cotizado, y en el caso de la cotización por primas inferiores a las debidas por la proporción sobre la diferencia entre el porcentaje establecido para el epígrafe correcto y aquel por el que realmente se ha efectuado la cotización.

Como en el caso de las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento, cuando se trate de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, una vez determinada la responsabilidad procedería el anticipo de la prestación por la entidad aseguradora del siniestro con los límites legales subrogándose dicha entidad en

las acciones del trabajador contra la empresa o empresas responsables y la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora como administradora del Fondo de Garantía.

Igualmente, considero que en el caso de prestaciones de carácter común la responsabilidad subsidiaria alcanzaría a la entidad gestora o colaboradora que asegure la prestación.

En el caso, de que el descubierto en la cotización afecte a prestaciones en las que el acceso o la determinación de la cuantía se condicione al cumplimiento a un periodo de cotización determinado y en la fecha del hecho causante de la prestación se constasen periodos de cotización en descubierto que afecten bien al cumplimiento de los requisitos de acceso o a la determinación de la cuantía, se concretaría la imputación de la responsabilidad atendiendo a la naturaleza del descubierto y de acuerdo con la aplicación del principio de proporcionalidad al grado de afectación en la prestación provocada por el descubierto.

La determinación del carácter persistente, reiterado y rupturista del incumplimiento se debe definir en el reglamento en los mismos términos que hemos visto anteriormente en relación con las prestaciones que no necesitan periodo de cotización previo para ser causadas o para la determinación de su cuantía, es decir, atendiendo a la duración sucesiva o alterna del periodo de descubierto, al cumplimiento o no de las obligaciones de liquidación, o a la respuesta dada por la empresa a las reclamaciones de deuda o a las actas de liquidación de cuotas.

La imputación de la responsabilidad en los casos de incumplimiento en la obligación de cotizar que determine el incumplimiento del requisito de carencia genérica o específica, se concretaría aplicando el principio de proporcionalidad de manera que se imputaría la responsabilidad en el porcentaje que suponga el incumplimiento empresarial del requisito en relación con la totalidad del requisito de carencia exigible. Así, si en la pensión de jubilación se exige un periodo de cotización de 15 años y el incumplimiento empresarial determina que únicamente se cumplan 12 años cotizados en dicho periodo, la imputación de responsabilidad alcanzará al 20 % de la prestación. La misma regla operaría cuando el incumplimiento afectara a la carencia específica.

Cuando la falta de cotización afecte al cálculo de la base reguladora o al porcentaje aplicable al mismo, la responsabilidad empresarial se determinaría por la diferencia porcentual existente entre el cálculo de la prestación derivada de no haber existido descubierto y el cálculo de la prestación de acuerdo con lo realmente cotizado. Esta misma regla operaría en los supuestos de cotización por bases inferiores a las correspondientes.

En cambio, si el descubierto no afecta ni a los requisitos de acceso ni a la cuantía no procedería imponer responsabilidad empresarial sobre la prestación aun cuando los descubiertos hayan sido continuados, y persistentes.

Las reglas anteriores se aplicarán tanto en el caso de que los incumplimientos sean persistentes, reiterados o continuados y también en el caso de descubiertos ocasionales o esporádicos si en un caso u otro afectan al cumplimiento del acceso a la prestación o a la determinación de su cuantía, si bien en este último caso, se eximiría de responsabilidad si la empresa procede a ponerse al corriente en el pago de sus deudas, recargos, intereses o multas asociadas en un breve plazo, en las condiciones que apuntamos anteriormente.

La imputación de la responsabilidad empresarial no determinaría el anticipo del abono de la prestación por parte de la entidad gestora o colaboradora y la subrogación de estas entidades de las acciones del trabajador frente a la empresa, pero sí debería operar la

responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora o colaboradora en el caso de insolvencia de la empresa, sin que tampoco se establezca en último término la responsabilidad del fondo de garantía salvo en el caso de insolvencia de la mutua colaboradora.

En todo caso, la responsabilidad empresarial por el incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento y cotización será compatible con las responsabilidades de carácter administrativo o de otro orden que pueda generarse a consecuencia de dichos incumplimientos.

Por último, el Reglamento debería establecer los criterios de imputación a otras empresas como consecuencia del juego de extensión de la responsabilidad en los términos establecidos en los artículos 42, 43, 44 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 168 LGSS.

## **5. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL**

La norma debe regular un procedimiento administrativo para determinar la responsabilidad empresarial en los supuestos de imputación de todo orden que hemos apuntado al principio, procedan del incumplimiento empresarial de las obligaciones de aseguramiento y cotización o de otros supuestos.

La regulación del procedimiento administrativo debería contener las reglas fijadas en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, con las especialidades previstas en los artículos 129, 130 y 132 LGSS, y en el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

El Reglamento debería fijar también el plazo administrativo para resolver y notificar las resoluciones que se dicten.

La competencia para determinar las responsabilidades empresariales en materia prestacional debería atribuirse a las entidades gestoras de la Seguridad Social, es decir, al Instituto Nacional de la Seguridad Social con carácter general y al Instituto Social de la Marina en el ámbito del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar.

El procedimiento administrativo para determinar la responsabilidad empresarial podría iniciarse de oficio o a instancia del interesado, si bien con carácter previo el órgano competente podría abrir un periodo de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias concretas del caso e iniciar el procedimiento.

La iniciación de oficio podría efectuarse por propia iniciativa de la entidad gestora cuando esta tenga conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos que puedan dar lugar a la responsabilidad, o bien a propuesta razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de la Tesorería General de la Seguridad Social, de otra entidad gestora, de entidad colaboradora en la gestión, o de cualquier administración pública que pudiera tener conocimiento de hechos que den lugar a la responsabilidad empresarial.

Para la iniciación del procedimiento de determinación de la responsabilidad empresarial deberá dictarse acuerdo de inicio que deberá ser comunicado a los diferentes interesados.

La iniciación del procedimiento a instancia del interesado se debería ajustar a las prescripciones establecidas en los artículos 66 y siguientes de la ley ritual administrativa.

Los actos de ordenación e instrucción del procedimiento deberían ser realizados por las unidades administrativas de las entidades gestoras competentes pudiéndose requerir de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de la Tesorería General de la Seguridad Social o de otras entidades gestoras los datos antecedentes o informes que pudiera ser relevantes para la resolución del procedimiento administrativo.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 LPAC los interesados podrían, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio y arbitrarse un periodo de proposición y práctica de prueba.

En procedimientos administrativos para determinar el recargo de prestaciones por incumplimiento de las de medidas de prevención, o en los de supuestos de responsabilidad empresarial en los supuestos previstos en los artículos 242 y 244 LGSS, además de la actuación de la Inspección de Trabajo debería emitir dictamen el Equipo de Valoración de las Incapacidades, en cuanto órgano colegiado de composición multidisciplinar.

Previo trámite de audiencia el procedimiento finalizará mediante resolución que determinará en su caso la eventual existencia de responsabilidad empresarial, los sujetos responsables y el alcance de la responsabilidad.

Asimismo, el reglamento debería concretar las actuaciones de la entidad gestora para determinar el capital coste de la prestación y los trámites necesarios que la Tesorería General de la Seguridad Social debe realizar para hacerla efectiva, bien cuando se ejecute una resolución administrativa de la entidad gestora o bien una sentencia del orden social.

**HACIA UNA DIDÁCTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL:  
TRASCENDENCIA PARA LA UNIVERSALIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA Y  
EL CARIBE**

MARTÍN GÓMEZ SILVA

*Profesor de Posgrado Definitivo en  
Estudio Comparado de Sistemas de Seguridad Social*  
Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. ¿POR QUÉ UNA NUEVA DIDÁCTICA ESPECÍFICA INTERDISCIPLINARIA?
3. EL PROBLEMA DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
4. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO CAMPO EPISTEMOLÓGICO INTERDISCIPLINARIO
5. SUJETOS DE APRENDIZAJE
6. HABILIDADES DE DOMINIO
7. DIDÁCTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA
8. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

Una trayectoria intelectual y profesional como la de Santiago González Ortega evidencia cómo es posible integrar la investigación sobre la problemática de la protección social con la formación de especialistas en este ámbito. Se trata de una huella honda en universidades y centros de estudios de varios países que motiva reflexiones en torno a la enseñanza – aprendizaje.

En ese tenor, el presente capítulo se propone tratar la relación de la construcción de una didáctica de la seguridad social con la concreción de los principios y valores, específicamente el de la universalización efectiva de este derecho humano en América Latina y El Caribe. Como parte de una investigación más amplia, se aborda la necesidad de construir una didáctica específica, como las existentes en diversas disciplinas, que fortalezca la particularidad de un campo de conocimiento interdisciplinario, permita la comprensión de la complejidad de los fenómenos multicausales que estudia, a la vez que genere capacidades teórico – prácticas para analizar sus problemas, generar opciones para atender el riesgo social y avanzar en el sentido de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Como parte de las bases de una didáctica de la seguridad social se plantean las particularidades de las personas y grupos a quienes se considera importante educar en esta temática, así como las habilidades de dominio, como conocimientos y capacidades generales a desarrollar en ellas. Asimismo, se exponen las bases de componentes necesarios para integrar dicha didáctica, como los contenidos curriculares, metodologías de enseñanza, evaluación de aprendizajes y de prácticas educativas, así como la importancia de la docencia.

Se concluye que de esta manera una didáctica de la seguridad social puede aportar no solo a afrontar la incertidumbre propia de los tiempos de pandemia y pospandemia. También abona a acometer el futuro de la seguridad social teniendo como eje la procuración del bienestar del ciudadano y el fortalecimiento de sus capacidades reales para ejercer derechos y obligaciones, del mismo modo en que a partir de otras crisis mundiales se forjaron instituciones como el Estado de bienestar, en tanto eje de la atención del riesgo social y para avanzar equitativamente en derechos sociales.

## 2. ¿POR QUÉ UNA NUEVA DIDÁCTICA ESPECÍFICA INTERDISCIPLINARIA?

El planteamiento de una didáctica específica a una disciplina se relaciona con varios aspectos de la construcción de conocimiento. Por una parte, es necesario considerar si los principios generales de la enseñanza – aprendizaje son suficientes para explicar ese proceso en campos específicos, o bien, si en estos existen singularidades que es necesario tomar en cuenta. Asimismo, es conveniente preguntarse si una didáctica específica puede aportar a la mejor comprensión del objeto de estudio.

Sobre el primer aspecto es de resaltar tendencias que señalan la complementariedad entre los procesos generales de aprendizaje y los particulares a un campo de conocimiento. En efecto, Díaz Barriga (Díaz Barriga Arceo, 1998, p.5) plantea que es posible conciliar los avances macrogenéticos, que estudian los aprendizajes en los campos más diversos, con los microgenéticos, en los que se consideran las formas en que en una disciplina o

nivel educativo se logran aprendizajes requeridos a los perfiles de egreso de esos casos particulares. En referencia a la seguridad social, es de resaltar que el especialista ha de desarrollar capacidades y metodologías que si bien tienen elementos comunes con áreas en las que se estudia, como el Derecho, las Ciencias Sociales o la Administración, por ejemplo, también lo es que implica un perfil que guarda diferencias con el de profesionistas que aplican esas disciplinas en otros ámbitos. Asimismo, es de mencionar que las didácticas específicas y general no están aisladas, sino que tienen vasos comunicantes que permiten realimentaciones entre ellas.

Por otra parte, una didáctica específica no solo permite una mejor comprensión de su objeto de estudio, sino que es propia de campos epistemológicos consolidados. Es el caso de la seguridad social, en la que se analizan fenómenos, se aplican metodologías y se tienen objetivos de aprendizaje definidos en torno a un objeto de estudio claramente distinguible. Por ello, la construcción didáctica en este campo abona a una mayor estructuración en sus procesos de investigación y educación, del mismo que, una didáctica de la Historia por ejemplo, permite “la determinación del estatuto epistemológico de esta disciplina como el reconocimiento del carácter y problemática propia de su enseñanza y aprendizaje” (Díaz Barriga Arceo, 1998, p.2).

Las didácticas específicas se pueden construir alrededor de diversos ámbitos (de Camilloni, 2007, pp.23-25): didácticas específicas de las disciplinas (didáctica de las Matemáticas o de las Ciencias Sociales, por ejemplo); en un nivel del sistema educativo (didáctica de la educación superior); de las edades o características de los sujetos (didáctica en los adultos o de personas con discapacidades diferentes) o del tipo de educación o institución (una didáctica en la educación no formal). Se observará que en la seguridad social se presentan varias o casi todos estos contextos y situaciones. La construcción de una didáctica de la seguridad social, de la que aquí se proponen tan solo algunas generalidades y rutas a desarrollar, es, entonces, una empresa necesaria para entender la complejidad de la problemática en este campo y para estructurar más sólidamente su enseñanza – aprendizaje.

En efecto, no se trata de un ejercicio de hiperespecialización, contrario al sentido de tendencias reconocidas de la educación (Morin, 2001). Una didáctica de la seguridad social, más bien, se propone como un recurso teórico – práctico para analizar la problemática que se puede considerar como compleja, en tanto refleja la condición de sistemas complejos, como el constituirse por elementos heterogéneos en interacción (García, 2006, p.32). En aspectos específicos de esa problemática, como la falta de universalización de la seguridad social, se pueden observar relaciones complejas de factores, ya que al mismo tiempo se oponen y complementan entre sí, y un efecto es a la vez causa de un problema.

### **3. EL PROBLEMA DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

En América Latina y el Caribe el cumplimiento del principio de universalidad si bien tiene avances concretos, mantiene fuertes rezagos y deudas añejas. Una de las causas y manifestaciones de esa problemática son profundas asimetrías sociales y económicas.

Al respecto, y en relación con metas contenidas en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), es de mencionar que solo el 47 % La fuerza de trabajo está protegida por un régimen de pensiones (OIT, 2021, p.184). Asimismo, destaca que de las mujeres



que dan a luz, únicamente el 30.5 % perciben prestaciones monetarias de maternidad (OIT, 2021, p.125), por citar uno de los ámbitos en los que son notorias las asimetrías por género.

En lo que se refiere al acceso a prestaciones económicas por desempleo, también contenido de las metas de los ODS y cuya necesidad ha sido aún más evidente durante la pandemia por la covid-19, es de destacar que la cobertura efectiva de la protección en caso es del 12.5 % de las personas desempleadas en la América Latina y el Caribe. (OIT, 2021, p.170).

No es extraño que se llegue a argumentar el alto costo como causa de las anteriores limitaciones, así como de la falta de la universalidad de la seguridad social en general. Sin embargo, la inversión en protección social en la región es mucho menor a la de otras partes del mundo: sin incluir salud, es de 10.1 % del PIB, frente al 18.1 % de América del Norte y 18.7 % de Europa del Norte, Meridional y Occidental. En salud, Latinoamérica y el Caribe invierte en promedio el 3.9 % del PIB, lejos del 7.5 % de la región europea antes mencionada (OIT, 2021, p. 303).

Situaciones como las anteriores muestran que la falta de universalidad es a la vez causa y efecto del riesgo social y de incertidumbre para enfrentarlo: las mujeres sin ingresos propios y con un primer hijo, por ejemplo, están más expuestas a aceptar trabajos precarios, lo que acrecienta la incertidumbre de vivir un segundo embarazo sin seguridad social. De ahí que la ampliación de pisos de protección social sea cada vez más necesaria. Muchos países de la región han avanzado en la construcción de esos pisos mediante prestaciones no contributivas, lo que ha permitido paliar carencias, como lo demuestra que solo considerando esas prestaciones es que la región alcanza 75.4 % de cobertura efectiva en pensiones de vejez (OIT, 2021, p. 184).

Sin embargo, en el diseño de políticas públicas, la administración de instituciones e incluso desde la perspectiva de algunos sectores de la población, no es extraño ver orientaciones opuestas, como lo hace ver la OIT (2021, p.23):

Las reformas de las pensiones han estado dominadas por el énfasis otorgado a la sostenibilidad fiscal, en detrimento de otros principios establecidos por las normas internacionales de seguridad social, como la universalidad, la adecuación y la previsibilidad de las prestaciones, la solidaridad y la financiación colectiva.

Cabe destacar que análisis diversos, como el de la OIT (2021, p. 24) insisten en que es necesario priorizar la inversión en pisos de protección social y que “El espacio fiscal existe incluso en los países más pobres”. De modo que cabe preguntarse si una visión más abarcadora de la seguridad social, en la que se analice desde diversidad de ángulos y se considere la conciliación de derechos y la viabilidad de políticas públicas es necesaria para abordar la universalización progresiva, y si una didáctica de la seguridad social puede aportar a esa perspectiva, a pensar el riesgo social y a construir herramientas que materialicen avances en la materia.

#### **4. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO CAMPO EPISTEMOLÓGICO INTERDISCIPLINARIO**

La problemática acerca de la universalidad y de otros aspectos de la seguridad social es, desde luego, multicausal y no en pocas ocasiones se ha destacado que requiere del concurso de diversas perspectivas, así como de la acción en ámbitos tan diversos como

el de las políticas públicas, el legislativo, la administración de instituciones, el diálogo social, la investigación académica o de una cultura de seguridad social.

Incluso es reconocido el abordaje multidisciplinario en el estudio de la seguridad social, como lo demuestra que se le considere en disciplinas como el derecho, la actuaría, la economía, las ciencias sociales, la administración, las ciencias de la salud, entre otras. Esto ha permitido reconocer un campo distinguible con conocimientos de diversas disciplinas y con incidencia en la realidad de mercados laborales y en los servicios para el bienestar de las personas, por ejemplo.

Sin embargo, ese enfoque multidisciplinario con frecuencia se construye más comparando los resultados de cada disciplina que buscando la integración de enfoques. Se podría plantear que esto ha provocado *impasses* como el de confrontar la perspectiva de la seguridad social con enfoque de derechos, con la limitación de recursos para concretar ese enfoque. El resultado, entonces, depende de la disciplina que predomine o de un diálogo de sordos en el que no se entienden ni atienden las razones del otro. Desde una didáctica de la seguridad social se pueden plantear, en cambio, una relación no jerárquica entre las disciplinas y la construcción de redes conceptuales (de Camilloni, 2007, p. 25) como uno de los fundamentos para la enseñanza – aprendizaje.

En efecto, la construcción de una didáctica de la seguridad social permitiría pasar de la multidisciplina a la interdisciplina de este campo, como la “integración de estos enfoques para (es decir previa a) la delimitación de una problemática” (García, 2006, p. 33). Ello se orienta a la atención de varias de las causas que impiden avanzar en la universalización de la seguridad social, como el considerar aspectos particulares como descripción absoluta de un fenómeno, proceso o situación desde una disciplina específica. Por otra parte, permite construir herramientas teórico – prácticas desde una relación diferente entre la seguridad social como objeto de estudio y las disciplinas con las cuales se le estudia.

De esta manera se ofrecen fundamentos para abordar la complejidad de la seguridad social, a partir de entenderla como un campo en el que se manifiestan relaciones de oposición, complementariedad o diversidad entre conceptos y fenómenos del derecho, la economía, la cultura, o de relaciones sociales y de poder, por ejemplo. Como plantea (García, 2006, p. 33) “...de ahí que la interdisciplina implica el estudio de problemáticas concebidas como sistemas complejos y que el estudio de sistemas complejos exija de la investigación interdisciplinaria”.

Cabe destacar, asimismo, que la construcción de interdisciplina implica un proceso histórico<sup>1</sup>. Con base en ello se pueden reconstruir narrativas y explicaciones -que nada tienen de fortuitas- acerca de maneras tan opuestas en que se ha planteado acercarse a los procesos de universalización de la seguridad social, como lo son el Estado de bienestar y las fórmulas economicistas de los noventa. En el primer caso se tiene como base que la complementariedad entre los derechos ciudadanos y la garantía de rentas permite atender la incertidumbre del riesgo social y favorece la economía (González Ortega y Barcelón Cobedo, 2015). En el segundo caso, se parte de que solo es posible la extensión de la seguridad social mediante prestaciones parciales y la combinación de responsabilización creciente del individuo, el mercado libérrimo y la disminución del papel del Estado. Es tarea de una didáctica de la seguridad social el análisis de las argumentaciones, intereses y relaciones de poder que subyacen en la construcción de esas y otras explicaciones.

---

<sup>1</sup> Se recomienda la compendiosa exposición de (García, 2006) sobre hitos históricos de la diferenciación e integración de las ciencias.

## 5. SUJETOS DE APRENDIZAJE

Otra de las razones por las cuales construir una didáctica de la seguridad social es la diversidad de actores que pueden ser sujetos de procesos de enseñanza – aprendizaje en este campo epistemológico. Se podrá entender que esto es factor de complejidad si se considera, además, que estos actores guardan relaciones entre ellos y que su interés en la seguridad social puede ser muy diferente, como también lo pueden ser sus objetivos de aprendizaje.

Un componente de una didáctica particular es el análisis de quiénes son los sujetos de aprendizaje. En una descripción no exhaustiva de quiénes se pueden y deben interesar en el aprendizaje de la seguridad social se encuentran:

- Personas involucradas con políticas públicas de seguridad social. Legisladores; jueces; funcionarios públicos de la macro, meso y microgestión pública; responsables de servicios sociales y de salud; funcionarios de organismos internacionales y de agrupaciones empresariales, sindicales, mutuales y de organizaciones sociales.
- Profesionistas y gestores de procesos de seguridad social. Empleadores de pequeñas y medianas empresas; profesionistas y técnicos independientes (por ejemplo, abogados, contadores o consultores de riesgos laborales); especialistas en diversas áreas de gestión empresarial.
- Jóvenes y adolescentes. Como derechohabientes, trabajadores o como personas que en el futuro serán actores como los antes enlistados, pero sobre todo como ciudadanos, jóvenes y adolescentes han de conocer la seguridad social, como un eje fundamental de la formación ciudadana<sup>2</sup>.

## 6. HABILIDADES DE DOMINIO

Otro componente de una didáctica de la seguridad social está determinado por la estructura de conocimientos, habilidades, destrezas y, muy importante, valores y principios que han de aprenderse y desarrollarse por los sujetos de aprendizaje.

Se trata de diversos ámbitos distinguibles entre sí, pero que también están interrelacionados y que exigen un abordaje integral e interdisciplinario de acuerdo con diversos niveles educativos (enseñanza básica, pregrado, posgrado o formación continua mediante microcredenciales, por ejemplo).

### 6.1. Pensamiento crítico

Es fundamental el desarrollo de pensamiento crítico para explicar la seguridad social y cuestionar su realidad, tanto como lo es el análisis de las condiciones que llevan a entenderla de determinada manera. En el sentido que se ha venido planteando, es necesario que se considere un pensamiento acerca de cómo se piensa la seguridad social.

---

<sup>2</sup> En América Latina y el Caribe es muy notable la experiencia de Uruguay en este ámbito, en especial la integración de la seguridad social en programas oficiales de educación; puede consultarse el programa desarrollado por el Banco de Previsión Social (BPS) en <https://www.bps.gub.uy/16617/cultura-en-seguridad-social.html>. Asimismo. Se pueden mencionar los programas *Escuelas saludables* (Colombia), y Seguridad social para todos, que el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS) desarrolló alrededor de 2008 a 2016.

Es decir, desentrañar las estructuras que influyen en la construcción de conocimientos en este ámbito, en el sentido que propone Boaventura de Sousa Santos (2021, p. 215) cuando afirma que “Todas los conocimientos son el resultado de prácticas organizadas socialmente, que implican la movilidad de recursos materiales e intelectuales de diferentes tipos”.

Asimismo, son importantes en la seguridad social conceptos que permiten analizarla críticamente, como el de riesgo social o la relación entre lo intergeneracional e intrageneracional. Al respecto, desde la Antropología se han acuñado entramados conceptuales de importante consideración, como los planteados por Lluís Duch (1997) alrededor de la codescendencia (como relación con tradiciones y generaciones pasadas); la coresidencia (como la relación con contemporáneos cercanos o no), y contrascendencia (como la relación con generaciones futuras y la trascendencia de las acciones).

El enfoque de ciclo de vida y los planteamientos de los ODS también son referentes importantes para el análisis de la seguridad social, así como las perspectivas de género y las particularidades de entornos como lo rural y urbano. Otro tanto puede decirse de los conceptos y metodologías que desde las diversas disciplinas que estudian la seguridad social se tienen disponibles.

## **6.2. Pensamiento ético**

Toda didáctica implica una visión de “acción pedagógica con sentido social” (de Camilloni, 2007, p. 37). De ahí que muy cercanamente relacionado con lo expuesto acerca del pensamiento crítico ha de tenerse en cuenta en el proceso de enseñanza – aprendizaje la aplicación y análisis de principios y valores de la seguridad social, como la universalidad, equidad o solidaridad.

En este sentido, ha de tenerse presente que trascender en el presente y lo inmediato también implica creatividad para construir comunidad y atender la crisis de lo público y evitar, desde la seguridad social el individualismo y los tecnicismos descontextualizados socialmente. A este respecto, se puede ejemplificar con la importancia de la consideración de determinantes sociales de la salud, que permitan entender la realidad de las personas y plantear, desde esa consideración, propuestas que tengan como centro su bienestar.

Asimismo, es de creciente trascendencia la consideración de una perspectiva ética planetaria (Morin, 2001). Entre otros aspectos, esto ha de considerarse en análisis de formas de desarrollo sostenible, como los llamados empleos verdes.

## **6.3. Habilidades técnico-metodológicas**

A la diversidad de sujetos de aprendizaje corresponde, por supuesto, una diversidad de competencias y habilidades que esas gentes necesitan para atender requerimientos laborales. Se trata entonces, no solo de desarrollar conocimientos y mostrar aprendizajes actitudinales, sino también de habilidades concretas para la solución de problemas bajo una perspectiva práctica. Esto incluso se puede concretar en el caso de la formación en seguridad social de jóvenes y adolescentes: ha de tenerse en cuenta en este caso competencias, por ejemplo, para resolver gestiones de la seguridad social ante un nuevo empleo o para ejercer derechos en torno a la prevención de riesgos laborales.

La sostenibilidad de políticas públicas también ha de considerar la enseñanza – aprendizaje de competencias concretas para la gestión y la eficiencia de programas y

servicios. La complementariedad de principios como la universalidad implican en este sentido, capacidad de gestión para que la calidad esté aplicada equitativamente, pues uno de los cuestionamientos a la expansión de pisos de protección social se refiere a que no siempre las prestaciones se extienden con la misma calidad.

#### **6.4. Habilidades sociocomunicativas**

Uno de los principios para la extensión de la seguridad social es que, con independencia de las propuestas técnicas concretas, han de considerarse procesos de diálogo social para su discusión, análisis e instrumentación. En este sentido, las capacidades para entender al otro y generar empatías se vuelven básicas en todos los actores alrededor de la seguridad social.

Se ha planteado ya que los diversos sujetos de aprendizaje en torno a la seguridad social se relacionan con ella y entre ellos a partir de diversos contextos, necesidades y perspectivas. Si la acción didáctica implica actividad – cultura – conocimiento (de Camilloni, 2007, p. 29) entonces es importante considerar esos aspectos en las capacidades de quienes estudian seguridad social. En este sentido, las asimetrías de género en la universalización se relacionan con condiciones materiales, pero también con valores y referentes culturales predominantes en los que, por ejemplo, el trabajo de cuidados es asignado desproporcionadamente a las mujeres. Es por ello que el análisis y eliminación de estereotipos es parte de la transformación necesaria para la universalización de la seguridad social.

Por otra parte, el uso extendido de tecnologías de la información y comunicación, así como de las redes cibernéticas no se ha venido acompañando de una mayor transparencia en la información o de competencias para su lectura y análisis (Innerarity, 2021). En el caso de funcionarios de seguridad social, por ejemplo, ha de considerarse el desarrollo de capacidades para el uso de esas tecnologías en favor de principios y valores, así como de la difusión de programas de servicios si llegara a ser el caso.

## **7. DIDÁCTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA**

### **7.1. Desarrollo de la didáctica de la seguridad social**

El desarrollo de una didáctica de la seguridad social también incluye aspectos de desarrollo curricular, programación didáctica, metodologías de enseñanza – aprendizaje, entre otros aspectos igualmente específicos. Si bien esto es materia de planteamientos que escapan a este espacio, pues han de tomarse en cuenta diversidad de circunstancias, se pueden plantear algunos principios y aspectos básicos a considerar.

Por lo que toca al desarrollo curricular, es importante reiterar la necesidad de evitar la multidisciplinariedad y construir interdisciplina. Sobre este tema puede destacarse, como lo hace (de Camilloni, 2007, p. 25) que ha de procurarse una relación de igualdad y cooperación constructiva en la aplicación de la diversidad de disciplinas. Es decir, que el papel de cada una es *mediacional* para la mejor comprensión del objeto de estudio y no para hacer predominar una perspectiva.

Por último sobre este tema en particular, cabe destacar que en la programación didáctica ha de procurarse un equilibrio entre aspectos nacionales e internacionales o más generales. Si para gestores de procesos administrativos o legales es fundamental el conocimiento de normas y procedimientos locales, no ha de descartarse en la enseñanza – aprendizaje la manera en que esos aspectos plasman principios o valores de la seguridad social.

## 7.2. Construir ciudadanía

En los tiempos actuales corren vientos de transformación tanto en las políticas sociales como en la construcción de conocimientos. Ambas situaciones afectan a la seguridad social y están relacionados entre sí. Sobre el primer punto es de destacar que los procesos de universalización de la seguridad social enfrentan escenarios que con diversas velocidades se van imponiendo, como la llamada *uberización* del mercado laboral y que se combinan con deudas de larga data como la baja cobertura de trabajadores o la falta de prestaciones básicas como las prestaciones económicas por maternidad. Esto lleva a reiterar la centralidad del concepto de ciudadanía para la extensión de la seguridad social. Sin embargo, también trae consigo el reto de una didáctica de la seguridad social que permita generar herramientas de análisis y que aporte a la materialización de beneficios en nuevos contextos.

Asimismo, las transformaciones en la construcción de conocimientos resalta el papel de la interdisciplina y de procesos de enseñanza – aprendizaje orientados a que pervivan valores alrededor de la colectividad y la mancomunidad del riesgo en contextos que se exalta el individualismo. En este sentido, como plantea (García, 2006, p. 33) “la interdisciplina requiere de base conceptual común y de una concepción compartida de las investigación científica y de sus relaciones con la sociedad”.

Es por ello una didáctica de la seguridad social ha de estar arraigada en el compromiso social. En ella se pueden encontrar caminos para el reconocimiento de su estatuto epistemológico, entender su problemática y facilitar procesos de enseñanza – aprendizaje y de investigación.

## 7.3. El talento de la docencia en seguridad social

Se han tratado diversas bases y componentes de una didáctica de la seguridad social, los cuales están en proceso de desarrollo como parte de una investigación más amplia. Es la conjunción de esos elementos lo que podrá construir aportes para ampliar la universalización de la seguridad social.

Sin embargo, es el papel del docente el que logra dinamizar el conjunto de elementos de una didáctica de la seguridad social. La trayectoria de Santiago González Ortega da cuenta de ese docente comprometido y es derrotero para muchos.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

DE CAMILLONI, A. R. W. (2007). Didáctica general y didácticas específicas. En A. R. . De Camilloni (Ed.), *El saber didáctico*. Buenos Aires: Paidós.

DE SOUSA SANTOS, B. (2021). *El futuro comienza ahora*. Madrid: Akal.

- DÍAZ BARRIGA ARCEO, F. (1998). Una aportación a la didáctica de la historia. La enseñanza-aprendizaje de habilidades cognitivas en el bachillerato. *Perfiles educativos*, (82).
- DUCH, L. (1997). *La educación y la crisis de la modernidad*. Barcelona: Paidós.
- GARCÍA, R. (2006). *Sistemas complejos. Conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*. Barcelona: Gedisa.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., Y BARCELÓN COBEDO, S. (2015). *Introducción al derecho de la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- INNERARITY, D. (2021). *La sociedad del desconocimiento*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- MORIN, E. (2001). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Ciudad de México: Correo de la UNESCO.
- OIT. (2021). *Informe mundial sobre la protección social 2020-2022. La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*. Ginebra. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms\\_842103.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_842103.pdf)

## **REFLEXIONES EN TORNO AL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL: LA DIMENSIÓN NO CONTRIBUTIVA<sup>1</sup>**

SUSANA BARCELÓN COBEDO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad Carlos III de Madrid

### SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MODELO DE SEGURIDAD SOCIAL. EL REFORZAMIENTO DEL ELEMENTO CONTRIBUTIVO
2. LA DIMENSIÓN NO CONTRIBUTIVA: LOS AVANCES HACIA LA UNIVERSALIDAD

---

<sup>1</sup> El presente trabajo de reflexión toma como punto de partida algunas de las ideas que sobre el modelo de Seguridad Social ya expusiera el Prof. González Ortega en su trabajo "La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos", *Relaciones Laborales*, núm. 12/1998; y, con el Prof. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer en "La configuración del modelo constitucional de la Seguridad Social como condicionante de su reforma", publicado en la Obra colectiva *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1983. Sin duda, dos trabajos de referencia para quienes nos hemos dedicado al estudio y análisis de la materia de Seguridad Social y que fueron un adelanto, o si se quiere, una premonición, del curso que habrían de seguir las posteriores reformas del Sistema.



## 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MODELO DE SEGURIDAD SOCIAL. REFORZAMIENTO DEL ELEMENTO CONTRIBUTIVO

El artículo 41 de la Constitución Española (CE) dispone:

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

A partir de aquí, y pese a sus valoraciones iniciales acerca de la idea de que se trata de un artículo casi en blanco, nadie duda ya de la virtualidad garantizadora del Texto Fundamental en relación con la existencia de un Sistema de Seguridad. Lejos de ser la *plataforma legitimadora* de prácticamente toda posible reelaboración y reinención de dicho Sistema, en la Constitución se concretan los rasgos nucleares del Sistema de Seguridad Social. Detrás, pues, del término *mantendrán*, además del compromiso de los poderes públicos, existe la obligación de sostener, conservar un determinado nivel de prestaciones, servicios, acción protectora e, incluso, de organización y estructura. En definitiva, la obligación de preservar el sistema de Seguridad social según esos mínimos (elementos nucleares) recogidos en el Texto Constitucional<sup>2</sup>; la Seguridad Social como institución básica del Estado queda garantizada por la Norma Fundamental<sup>3</sup>.

La cuestión, pues, ha sido y es la pervivencia del núcleo esencial e irreductible que configura el modelo definido constitucionalmente y que, en consecuencia, ha de estar presente en cualquier proceso de reforma o reformulación del Sistema de Protección Social. Rasgos que se concretan en los siguientes <sup>4</sup>: la Seguridad Social es una función del Estado, siendo los poderes públicos los encargados de este derecho en todas sus dimensiones (sujetos protegidos, cuadro de protección, gestión y financiación)<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> En estos términos se expresan Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M y González Ortega, S: “La configuración del modelo constitucional de la Seguridad Social...”, op., cit., pp. 271 que añaden... “*Es la irreversibilidad del sistema generalizado de protección social la que aparece tras dicho término (mantendrán) en la medida en que se conecta con una situación previa a la que perfecciona*”.

<sup>3</sup> Vid., STC 32/1981, de 28 de julio de 1981 cuando se refiere a la técnica de garantía indicando que “*el orden jurídico político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones a las que considera componentes esenciales y cuya preservación se considera indispensable para asegurar principios constitucionales estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitectónicos indispensables en el orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que ocurre con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se difiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*”(fundamento jurídico 3).

<sup>4</sup> Rasgos que sin embargo no han constituido nunca un impedimento para que el legislador de Seguridad Social los concrete dado que se trata de un derecho de configuración legal. Recordemos en este extremo la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras STC 184/1990, de 15 de noviembre (fundamento jurídico 5) y STC 65/1987, de 21 de mayo (fundamento jurídico 17) en las que se indica que “... *En la determinación de las situaciones de necesidad que han de ser atendidas, el legislador tiene un amplio margen de apreciación a la hora de regular y modificar las prestaciones para «adaptarlas a las necesidades del momento», teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas*”. Una capacidad de configuración legal sometida a los dictados de los correspondientes textos constitucionales. De modo que cualquiera que sea la opción político-normativa del legislador, al organizar el sistema de Seguridad Social del que se derivará el derecho del ciudadano a la tutela pública frente a las necesidades sociales, la garantía constitucional que conlleva la institución Seguridad Social levanta ante dicho legislador obstáculos o prohibiciones que no podrá soslayar.

<sup>5</sup> Vid., STC 182/1997, de 28 de octubre.

Asimismo, la Seguridad Social constituye la estructura de protección respecto de todos los ciudadanos, universalidad subjetiva (por tanto, sin diferenciación de tipo profesional o de cualquier otro tipo) y respecto de las distintas situaciones de necesidad, principio de generalidad objetiva. Siendo lógicamente la acción protectora su función esencial y la prestación el mecanismo a través del cual aquélla se instrumenta<sup>6</sup>; prestaciones que, conforme el mandato constitucional, además han de ser suficientes en el sentido de ser adecuadas a las necesidades a las que se busca dar la correspondiente tutela pública.

Es verdad que cualquier diseño de un sistema de Seguridad Social constituye una operación compleja en la que también influyen factores de muy diversa índole. En efecto, y junto a las limitaciones impuestas constitucionalmente (ya apuntadas) en el diseño de la acción protectora, es evidente que el legislador habrá de tener en cuenta igualmente una serie de factores que, sin duda, condicionan las opciones normativas, dando con ello justificación a la concreta regulación legal. No se puede obviar que los Sistemas de Seguridad Social cumplen un papel complejo y cualitativamente diverso en tanto que actúan como instrumentos de atenuación del conflicto social y de amortiguador de las crisis sociales y económicas (un papel que se ha visto reforzado, aún más, con la situación ocasionada por la pandemia); convirtiéndose así en un elemento básico de la propia estructura económica de un país<sup>7</sup>.

Así cabe señalar factores de índole económica, la situación del mercado de trabajo y las tasas de empleo, la evolución y perspectivas de la economía, el volumen de gasto público comprometido y la garantía de la financiación. Junto los citados, hay que hacer mención al grado de autonomía con el que se organizan y tutelan sus recursos económicos y financieros, destacando no solo por su condición de expresamente afectos a los concretos fines de protección social, sino también por la existencia de una caja única o de distintas unidades patrimoniales separadas, que pueden estar estructuradas por sectores productivos, por el riesgo protegido o hasta por un concreto nivel político y territorial.

O el dato mismo de cómo se mida su nivel de cobertura, sea respecto del total de la población a la que abarcan, sea por el número de beneficiarios que reconoce en cada una de sus ramas. Asimismo, por la calidad de las prestaciones que otorga y el cuadro de riesgos sociales que protege, en especial, por la existencia de un tratamiento diferenciado según el origen común o profesional de la causa que origine la situación de necesidad. El tipo de financiación que los sustentan, si pública y/o privada y, dentro de aquella, mediante contribuciones específicas y/o tributos e impuestos. A lo que cabe añadir el modo de gestión, exclusivamente pública o público-privada, distinguiéndose si el papel que desempeñan los sujetos privados es principal, complementario o de mera colaboración puntual. Factores demográficos tales como la prolongación de la vida laboral, el envejecimiento de la población y el incremento de la esperanza de vida, la baja fecundidad, o las tasas de mortalidad; o, finalmente, de índole política como el compromiso público con una orientación de la tutela que dé relevancia a objetivos como la eliminación de la pobreza y la prevención de la exclusión social y la marginación, la lucha contra la discriminación, en cualquiera de sus manifestaciones y por cualquiera de

<sup>6</sup> Sobre esta función primordial que representa la acción protectora, véase por todos, De la Villa Gil, L.E y Desdentado Bonete, A: *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979, quienes expresamente se refieren a la misma “*como la clave de un sistema de seguridad social, como su justificación última de carácter funcional, frente a la cual las restantes variables pueden configurarse como instrumentales y, por tanto, secundarias*”, pp. 309.

<sup>7</sup> Ideas ya reflejadas por Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M y González Ortega, S: “*La configuración del modelo constitucional de la Seguridad...*”, op., cit., pp.278 indicando que todo lo anterior “*...había transformado la Seguridad Social atribuyéndole el rasgo necesario de la generalidad y de la tendencia a la universalidad de la cobertura y de la ampliación del ámbito de protección a las variadas situaciones de necesidad que puedan plantearse*”.

los motivos posibles, y a favor de la realización del principio de igualdad, o la protección de la mujer trabajadora, haciendo compatible las dimensiones de la vida personal y laboral o profesional (conciliación familiar y laboral).

Pues bien, como se sabe, nuestro sistema de Seguridad Social se ha diseñado en dos niveles de tutela: uno, para el que lo determinante es el desempeño de la actividad profesional por parte del sujeto que solicita la tutela pública; bien es cierto que, en ocasiones, esa tutela lo es por derivación de otros, caso de las prestaciones por muerte y supervivencia en cualesquiera de sus prestaciones. Por tanto, el ejercicio profesional se convierte así en el factor que condiciona el acceso al Sistema (y que, incluso, puede llegar a impedir tal acceso), al margen de que exista o no una situación real de necesidad ya que la misma se presume cuando la contingencia se actualiza.

Por el contrario, y tratándose del nivel no contributivo, por oposición conceptual al contributivo, esencialmente asistencial (rasgo clave en su definición y naturaleza), el acceso al mismo es independiente de cuál haya sido la profesionalidad previa del sujeto que demanda su tutela. En este nivel asistencial lo determinante para causar derecho es que quede probada la existencia de una situación real de necesidad.

Es precisamente esta dualidad la que permite cumplir unos de los presupuestos necesarios del Sistema de Seguridad Social configurado constitucionalmente. Me refiero a la universalidad subjetiva entendida bajo la idea de que el Sistema no deja fuera de su protección a ningún sujeto que se encuentre en una situación de necesidad; en realidad, es más exacto decir que “no puede” según el mandato constitucional. Cuestión distinta es que la puerta de entrada a esa tutela pública que otorga el Sistema se haga a través de prestaciones, siempre adecuadas (de “*suficientes*” habla el art. 41 CE), sean de tipo profesional o contributivo, sean de nivel no contributivo o asistencial.

De ahí que la universalidad se considere pieza clave cuando se trata de definir el ámbito subjetivo de aplicación de un Sistema (de manera semejante a lo que sucede con la generalidad objetiva, en tanto que ambos elementos son manifestación clara de la contundencia del mandato constitucional); y que, según lo expuesto, encuentra su espacio natural en el terreno de lo no contributivo. Universalidad como sinónimo de que la protección se proyecta respecto de todos los ciudadanos con independencia de cuál sea su situación profesional; siendo suficiente con la existencia de una situación real de necesidad económica. Lo que supone situarla de manera natural en el espacio de lo no contributivo; y no así en el terreno de lo contributivo o profesional, en el que la exigencia misma de profesionalidad actúa como factor expulsivo de la universalidad, en la medida en que los sujetos protegidos son seleccionados en función del desempeño (pasado o presente) de una actividad profesional.

Pues bien, pese a lo dicho, y a la evidente centralidad que el mandato constitucional otorga a la dimensión no contributiva, lo cierto es que un breve repaso por los diversos y constantes procesos de reforma que, directa o indirectamente, han afectado al Sistema de Seguridad Social, permite observar que, en general, en todos ha existido una constante preocupación por reforzar el rasgo de la contributividad. Algo de lo que se sigue hablando en los distintos Informes de Control, Evaluación y Seguimiento del Pacto de Toledo, aunque, eso sí, *sin menospreciar la solidaridad del Sistema* (Recomendación 11 del último Informe de 2020 de 28 de octubre).

Ejemplos de lo dicho lo encontramos en la pensión de incapacidad permanente y en el modo en el que se intensificó el esfuerzo contributivo del eventual beneficiario

con la inclusión de un porcentaje aplicable adicional a la base reguladora en función de los años de cotización de aquél (de manera semejante a lo que sucede en la pensión de jubilación)<sup>8</sup>; el resultado ha sido que la cuantía de la pensión de incapacidad permanente no sólo se hace depender de cuál sea el grado de incapacidad sino también de cuál haya sido la carrera de seguro previa del sujeto protegido. Pero si hay una prestación que es ejemplificativa de este mayor peso del rasgo de la contributividad es la pensión de jubilación; la cual ha experimentado a estos efectos cambios significativos en su fórmula de cálculo ampliando el tiempo de cotización para concretar la base reguladora, elevando la edad mínima legal de acceso o estableciendo sistemas cada vez más restrictivos para causar derecho a la modalidad de jubilación anticipada<sup>9</sup>. Una centralidad la de la pensión de jubilación que, dicho sea de paso, vuelve a estar presente en la última reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre<sup>10</sup>.

Ahora bien, este constante refuerzo de lo contributivo, sin entrar en este momento en posibles valoraciones acerca de su necesidad o no en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema, provoca de inmediato un desplazamiento de la solidaridad, característica e igualmente definidora de los sistemas de seguridad social, hacia el brazo asistencial. Lo que dota, en consecuencia, de mayor autonomía al nivel contributivo que se va descargando del peso que representa la exigencia de solidaridad, más allá de la estrictamente profesional (es decir, la que sólo existe entre trabajadores/cotizantes).

Por tanto, si la solidaridad, esencial para alcanzar el objetivo de igualdad material que cumple la Seguridad Social, se concentra en la parte asistencial, parece lógico reconsiderar su protagonismo desde el punto de vista del cumplimiento del citado objetivo; por más

---

<sup>8</sup> Vid., Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE de 5 de diciembre), de medidas en materia de Seguridad Social, que, como se sabe, supuso un importante referente para el desarrollo de las principales prioridades marcadas en la renovación de 2003 del Pacto de Toledo. En concreto, volvió a incidir en el reforzamiento de los principios de contributividad y equidad en las pensiones de incapacidad permanente; o, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto).

<sup>9</sup> Tratándose de la pensión de jubilación su centralidad en el Sistema la sitúa siempre en cualesquiera de los procesos de reforma del Sistema de Seguridad Social: desde la Ley 26/1985, de 31 de julio, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto (conocida como Ley de Reforma de las Pensiones), o la posterior Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema (Ley 24/1997, de 15 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social (BOE 1 de agosto) que es como se sabe la expresión aplicativa del pacto de Toledo de 1995; la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE de 13 de julio), que introdujo importantes reformas en materia de financiación y de reforzamiento de los principios de contributividad y solidaridad y se pusieron las bases de un nuevo modelo de jubilación dirigido a tener en cuenta la evolución demográfica y las necesidades y aspiraciones de los trabajadores; o las anteriormente citadas, Ley 40/2007 y Ley 27/2011.

<sup>10</sup> Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (BOE de 29 de diciembre). Medidas que, una vez más, ponen el acento en la pensión de jubilación, tal y como expresamente recoge su Exposición de Motivos, actuando sobre el acceso a la pensión de jubilación a través de fórmulas voluntarias y más equitativas que favorezcan un progresivo alineamiento de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema en el medio y largo plazo (Recomendación 12 del Pacto de Toledo). De este modo, y en materia de jubilación anticipada voluntaria, por ejemplo, se han revisado los coeficientes reductores aplicables, con el fin de promover la jubilación a edades más próximas a la edad legal de jubilación y favorecer las carreras de cotización más largas. Asimismo, en el ámbito de la jubilación anticipada involuntaria, se han introducido modificaciones destacables, entre otras, las que afectan a las causas de extinción contractual que dan derecho al acceso a esta modalidad de jubilación, art. 207.1 TRLGSS, añadiendo el resto de las causas extintivas por razones objetivas. E igualmente, por ejemplo, y atendiendo a las consideraciones contenidas en Recomendación 12 del Pacto de Toledo, se fomenta la permanencia de los trabajadores en activo a través de la adaptación y mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales existentes, así como a la valoración positiva que en la misma se realiza de la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional. Para un estudio más completo sobre el alcance de esta norma en la pensión de jubilación véase el estudio doctrinal de Maldonado Molina, J.A: La reflexión de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 30 (Primer Trimestre 2022), pp. 63-80.

que ésta haya estado bastante ausente (o, si se prefiere, poco presente) de todos los pronósticos y medidas de reforma<sup>11</sup>.

Pues bien, algo de esto parece haberse logrado en las reformas más recientes. En las que es fácil observar cómo es precisamente en el nivel no contributivo donde se dan importantes avances en la consecución del principio de universalidad del Sistema; dirigiendo la tutela pública hacia colectivos particularmente vulnerables (y que hasta hace dos años sólo podían encontrarla fuera del Sistema); contribuyendo al mismo tiempo a lograr una mayor redistribución de la renta y la riqueza.

## 2. LA DIMENSIÓN NO CONTRIBUTIVA: LOS AVANCES HACIA LA UNIVERSALIDAD.

Partiendo, pues, de esa vocación universal que impregna al nivel asistencial, la tutela se organiza sobre la base de la existencia de una situación de necesidad económica real (sea con prestaciones económicas de garantía de recursos mínimos, sea con servicios sanitarios o sociales); conectando universalidad con la consideración de esta tutela como constitutiva de un derecho de ciudadanía, o lo que es lo mismo, del derecho de cualquier persona (nacional o sólo residente) a ser protegido, cuando así lo precise, logrando con ello alcanzar los estándares mínimos para vivir dignamente.

El problema que surge de inmediato es cómo determinar la existencia de la situación de necesidad económica, que como se sabe, se manifiesta mediante la acreditación de que, bien el sujeto, bien la unidad familiar, o ambos, no alcanzan un nivel mínimo de rentas; garantía de recursos que supone el sometimiento a la llamada *prueba de recursos* (entendidos éstos en un sentido amplio, todos los ingresos o rentas, ya deriven del trabajo o de bienes mobiliarios o inmobiliarios). Para lo cual resulta crucial fijar el umbral económico de aquéllos por debajo del cual se considera que el sujeto (o la unidad familiar) no alcanza esos mínimos que les permita vivir dignamente. Así como determinar cuáles han de ser los criterios de medición de los recursos computables; para lo que se utiliza habitualmente cualquiera de los conceptos internacionalmente establecidos (por ejemplo, de pobreza extrema o pobreza relativa, medida en función del PIB per cápita, o cualquier otro existente a nivel nacional o interno (por ejemplo, el importe del salario mínimo interprofesional, el indicador de rentas de efectos múltiples o la pensión mínima de la rama contributiva).

Sentado lo anterior, y una vez acreditada esa carencia de recursos testada conforme los parámetros legales establecidos previamente, sería lógico pensar que el acceso a la tutela pública del Sistema estaría sin más garantizada. Universalidad conectada, ya se ha dicho, a un derecho de ciudadanía ante la adversidad económica. Algo de esto se ha logrado con la ampliación del cuadro de situaciones protegidas en el nivel no contributivo de Seguridad Social a través de la nueva prestación del ingreso mínimo vital (en adelante IMV).

---

<sup>11</sup> Así se expresaba González Ortega en su trabajo sobre “La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos”, refiriéndose, entonces, a los cambios operados hasta 1998 en relación con la dimensión asistencial, más allá de la significativa aprobación de la Ley de Pensiones No Contributivas de 1990. Señalaba así, que en un proceso de reforma como el operado por la Ley 24/1997, resultaba llamativa la ausencia de toda previsión sobre la dimensión no contributiva en una reforma que pretendía establecer uno de los principios esenciales del sistema de financiación del Sistema, el de separación de fuentes de financiación (pp. 49).

Como se sabe, el diseño inicial (el de la Ley de 1990 de Pensiones No Contributivas) fue en este extremo poco arriesgado siendo así menos numeroso desde el punto de vista de los riesgos protegidos en este nivel si se compara con el ofrecido por el nivel contributivo o profesional concretándose, básicamente, en dos tipos: la vejez (conocida como pensión no contributiva de jubilación) diseñada para mayores de 65 años<sup>12</sup>; y la invalidez para mayores de 18 años y menores de 65 con un grado de invalidez igual o superior al 65 por 100 (denominada como pensión no contributiva de invalidez)<sup>13</sup>. Junto a estos dos riesgos tradicionales nuestro sistema de Seguridad Social también ha previsto la tutela de situaciones familiares relacionadas con la existencia de hijos a cargo o el parto (sencillo o múltiple) en según qué circunstancias económicas y personales<sup>14</sup>. De manera que la tutela pública frente a la falta de recursos económicos queda condicionada, bien por la edad avanzada (65 años), bien por un elevado grado de discapacidad. O, bien, por la entrada en el hogar familiar de un nuevo miembro que provoca de inmediato un aumento de gastos convirtiendo a ese núcleo familiar en demandante necesario de la protección del Sistema en su dimensión más asistencial.

Es evidente, que el cuadro descrito se alejaba y mucho de esa vocación universal impuesta a los poderes públicos por mandato constitucional ex art. 41 CE y para el que el nivel no contributivo parecía ser, por las razones ya expuestas, el escenario perfecto. Antes, al contrario, la pobreza sin más quedaba extramuros del Sistema y, en consecuencia, nos encontrábamos con una universalidad imperfecta o inacabada desde la perspectiva de la Seguridad Social. Una imperfección que ha sido aprovechada por las Comunidades Autónomas, quienes haciendo uso de su competencia constitucionalmente reconocida ex art. 148.1.20 CE, han desplegado una completa red de protección frente a las situaciones de necesidad real económica no resueltas dentro del Sistema; configurando así diferentes modelos de políticas de rentas mínimas (una por cada Comunidad Autónoma). Con el consiguiente resultado de una notable heterogeneidad en el acceso a las prestaciones sociales de las personas en situación de necesidad, muchas de las cuales continúan sin ser suficientemente (o debidamente) cubiertas por los poderes públicos.

No obstante lo anterior, tal y como se ha indicado, sí parece que se hayan dado pasos en la consecución del principio de universalidad en el ámbito de lo no contributivo, esto es, dentro del sistema de Seguridad Social. En efecto, y sin abandonar dicho espacio, ha dejado de ser una exigencia ineludible para causar derecho a las prestaciones familiares la carencia de recursos; excepción hecha del supuesto (más marginal) de la prestación de cuantía única por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de padres y madres con discapacidad<sup>15</sup>.

Pues bien, esta pérdida de la nota de asistencialidad, característica por otro lado de la tutela no contributiva, es consecuencia de que se ha eliminado del cuadro de estas prestaciones la “Asignación económica por hijo menor o mayor a cargo” cuando éste no sea discapacitado. Recordemos que esta modalidad de prestación familiar estaba dirigida

<sup>12</sup> Vid., art. 369 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, LGSS.

<sup>13</sup> Vid., art. 363 LGSS.

<sup>14</sup> La tipología de las prestaciones familiares son las reguladas en los arts. 351 a 362 LGSS: a) La asignación económica por hijo o menor a cargo afectado de una discapacidad; b) prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas; c) prestación por parto o adopción múltiples.

<sup>15</sup> Vid., arts. 357 y 358 LGSS que señala como uno de los requisitos para ser beneficiario de este tipo de prestación (...) que el padre, la madre o, en su defecto, la persona que reglamentariamente se establezca, reúna los requisitos establecidos en las letras a) y c) del artículo 352.1 y, además, no perciba ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

a proteger la situación de necesidad motivada por el incremento de gastos ocasionada por el cuidado de un hijo (extensible también a la adopción y el acogimiento) menor de 18 años; o mayor de esta edad afectado de una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que en ambos casos el hijo conviva y dependa económicamente (esté a cargo) de la persona encargada de su cuidado (generalmente los progenitores). Por tanto, la protección alcanzaba por igual al hijo menor o mayor a cargo al margen de la discapacidad. Tratamiento que cambia tras la aprobación de la norma por la que se establece el IMV que elimina esta tutela (no sin matices) para los casos de hijos sin discapacidad<sup>16</sup>.

Principio de universalidad conectado, pues, con el interés general y el valor social que representa el nacimiento y el cuidado de los hijos, siempre que éstos tengan la condición de discapacitados; afrontando de la misma forma una situación de necesidad económica por carga familiar en la que pueden encontrarse todas las familias. Desde esta perspectiva, se puede decir que la regulación actual cumple mejor su función, que no es otra, que la de compensar (no olvidemos que sigue siendo una prestación no contributiva) la carga que, sin duda, representan los hijos en una familia cuando éstos son discapacitados; más allá de la situación laboral o profesional de sus progenitores.

En definitiva, el conjunto de estas prestaciones familiares (con la excepción ya expuesta) ha perdido la nota de asistencialidad, sin olvidar su naturaleza no contributiva, para dirigirse al conjunto de la ciudadanía, ofreciéndose bien como una compensación social generalizada del cuidado del hijo discapacitado<sup>17</sup>; bien, como una indemnización para el caso del parto o adopción múltiple (art. 359 LGSS).

## 2.1. Principio de Universalidad: Ingreso Mínimo Vital<sup>18</sup>

Pero sin duda, el gran avance en la consecución del principio de universalidad del Sistema ha sido la ampliación del cuadro de protección del nivel asistencial o no

<sup>16</sup> Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, en adelante RDL 20/20, (BOE de 1 de junio) que, concretamente, en la disposición final cuarta, introdujo modificaciones al contenido de los arts. 351 y siguientes LGSS. En concreto, supuso la eliminación de la prestación familiar de la asignación económica periódica por hijo menor o menor a cargo *no discapacitado* que, hasta ese momento, era considerada la básica u ordinaria dentro del elenco de las prestaciones familiares; estableciéndose la prohibición, a partir del 1 de junio de 2020, de presentar nuevas solicitudes para el reconocimiento de dicha asignación. Es verdad que tal eliminación ha sido matizada por una regulación bastante peculiar conforme a la cual se ha permitido, eso sí, sólo a quienes ya fuesen beneficiarios de dicha asignación económica por hijo a cargo, una denominada “prestación transitoria de IMV”; por tanto, limitada temporalmente, aunque con prórrogas que se han ido sucediendo anualmente, siendo la última que está prevista hasta el 31 de diciembre de 2022. Y siempre que el importe del IMV sea igual o superior a la cuantía que se estuviese percibiendo por razón de dicha asignación económica.

<sup>17</sup> Lo que queda confirmado por su regulación actual que prevé esta asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años de edad y afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento, o mayor de dicha edad cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, que cumplan los mismos requisitos (art. 351 a) LGSS). E igualmente, serán beneficiarios de la asignación que, en su caso y debido a ellos, hubiera correspondido a sus padres: los huérfanos de padre y madre, menores de dieciocho años y que sean personas con discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento o mayores de dicha edad y que sean personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento. O quienes, no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus padres, siempre que concurren en ellos las circunstancias señaladas en la letra a) del artículo 351 y no se encuentren en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. O, finalmente, los hijos con discapacidad mayores de dieciocho años cuya capacidad no haya sido modificada judicialmente y conserven su capacidad de obrar serán beneficiarios de las asignaciones que debido a ellos corresponderían a sus padres (art. 352.2 LGSS).

<sup>18</sup> En este apartado 2.1. se contienen reflexiones personales desarrolladas en el trabajo “El ingreso mínimo vital en el sistema español de seguridad social”, dentro de la Obra Colectiva *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social* (editor, Prof. García Murcia), KRK Laboral, 2022, pp. 183-192.

contributivo con la aprobación del IMV<sup>19</sup>. Un nivel de tutela, ya se ha dicho, hasta la fecha incompleto e imperfecto por cuanto seguía sin dar cobertura a la situación de necesidad real por excelencia que no es otra que la ausencia de recursos, más allá de factores de edad y discapacidad. Se refuerza así el brazo asistencial en tanto que el IMV se diseña como un mecanismo de tutela dirigido a las personas que se encuentran en la misma o similar situación de necesidad que en el caso de las pensiones no contributivas, pero que no son ni discapacitados (en un grado igual o superior al 65 por 100), ni adultos de edad superior a los 65 años; fracción de población hasta ahora no protegida por las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. Con el IMV se cierra la brecha de protección existente en este nivel de protección pública.

Lo anterior responde, una vez más, al carácter dinámico característico de la Seguridad Social que obliga a plantearse la conveniencia o necesidad de ampliar las contingencias protegidas a otras posibles situaciones de necesidad. En definitiva, una exigencia constante de renovación y de reformulación de lo ya existente. De este modo, la nueva prestación, en tanto que mecanismo de tutela, y articulada a partir del mandato que el artículo 41 CE otorga al régimen público de Seguridad Social para garantizar la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, asegura un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia.

Lo anterior explica que, aunque su aprobación coincida en el tiempo con la situación de crisis causada por la pandemia, y más allá de la dimensión coyuntural que una medida como ésta tiene en ese contexto, el IMV se haya integrado con vocación estructural dentro de nuestro sistema de Seguridad Social; reforzando así sin fisuras su contenido como garantía institucional. La situación de pobreza y desigualdad existente en España<sup>20</sup> y el incremento de la vulnerabilidad económica y social ocasionado por el COVID-19, no han hecho sino confirmar la necesidad de poner en marcha un mecanismo de garantía de ingresos de ámbito nacional. (Preámbulo de la LIMV).

Con el IMV se culmina el diseño del nivel no contributivo de prestaciones de forma que el Sistema de Seguridad Social protegerá, mediante prestaciones económicas de garantía de subsistencia, ahora sí, a todas las personas (ciudadanas) que se encuentren en situación de necesidad económica real y efectiva. Se trata, pues, de una prestación social de carácter esencialmente económico ya que la situación protegida (o contingencia) no es otra que la situación provocada por la carencia de recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas en que pueden encontrarse las personas; lo que en términos de la Ley es la situación de vulnerabilidad económica. Cuestión distinta es que la norma precise de ajustes técnicos (muchos de los cuales ya han sido subsanados)<sup>21</sup> y que, pese su intencionalidad y objetivo, no siempre alcance a todos los ciudadanos.

En definitiva, lo que el IMV implica, y por lo que ahora interesa, es hacer realidad el principio de universalidad del Sistema español de Seguridad Social. Esto es, la universalidad

<sup>19</sup> RDL 20/2020, de 29 de mayo, sustituido con algunas importantes novedades por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, BOE de 21 de diciembre (en adelante LIMV).

<sup>20</sup> De acuerdo con la definición del INE y de Eurostat (personas que viven en hogares donde la renta disponible por unidad de consumo es inferior al 60 por ciento de la mediana de la renta nacional), en España 9,9 millones de personas (21 por ciento) en 4 millones de hogares se encuentran en riesgo de pobreza. Esta alta tasa de pobreza tiene una importante dimensión generacional, también persistente en el tiempo. Según los últimos datos de la Encuesta de Condiciones de Vida del Instituto Nacional de Estadística, el 27,6 por ciento de la población residente en España estaba en riesgo de pobreza o exclusión social en 2021, una variación de 1,2 puntos porcentuales comparado con el año anterior (Indicador Europeo AROPE).

<sup>21</sup> Recodemos en este extremo la sucesión de Reales Decreto-Leyes que desde la aprobación del RDL 20/20 se han ido introduciendo modificaciones, de mayor o menor calado, en la regulación del IMV; en concreto, RDL 28/2020, de 22 de septiembre; RDL 30/2020, de 29 de septiembre, o el RDL 3/2021, de 2 de febrero. Normas que han modificado



concebida como un resultado global consistente en que ningún ciudadano, o residente, quede excluido de la tutela económica que la Seguridad Social debe proporcionar, según el art. 41 CE, frente a situaciones de necesidad económica. Así entendido, el ingreso mínimo vital no es una política dirigida a grupos o individuos concretos, sino que, atendiendo a aquellos que en un momento determinado sufren situaciones de exclusión y vulnerabilidad, protege de forma estructural a la sociedad en su conjunto; actuando como un seguro colectivo frente a los retos que nuestras sociedades hayan de enfrentarse en un futuro próximo: carreras laborales inciertas, transformaciones sociales y económicas marcadas por la robotización y el cambio climático, y en general por la volatilidad de los ingresos y los empleos (Preámbulo de la LIMV).

Junto a esta idea de servir de escudo de protección frente a las necesidades económicas actuales y futuras a las que tengan que enfrentarse los ciudadanos ha de unirse la que igualmente se recoge en la propia LIMV consistente en que la puesta en marcha del IMV *exigirá también una progresiva reordenación del conjunto de ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con los de esta nueva política*. En este punto, me gustaría hacer alguna breve reflexión con la que finalizar esta aportación porque, si bien se ha avanzado en el cumplimiento del principio de universalidad, y éste es un logro que ha de ser destacado, no puede decirse lo mismo, a mi juicio, respecto a la necesaria reordenación de la asistencialidad, siquiera sea dentro del Sistema.

Es verdad que la regulación inicial del IMV (la ofrecida en el RDL 20/20) sí permitió aventurar esa reordenación, o para ser más exacta, una reformulación del nivel asistencial hasta el extremo de participar de la idea de que la nueva prestación habría de convertirse en la central de este nivel de tutela; hasta prácticamente convertir en innecesarias el resto (pensiones de jubilación e invalidez, e incluso las familiares). Entre otras razones porque si se habla de asistencialidad, sólo dentro del Sistema, en tanto que se trata de la misma situación de necesidad, esto es, la carencia de recursos, nada habría de impedir que, una vez probada, el sujeto pudiese acceder al IMV; más allá de tener 65 años, especialmente porque no existe límite máximo de edad para solicitar el IMV; o de tener una discapacidad igual o superior al 65%. Lo importante, pues, sería la existencia de una situación de vulnerabilidad económica. A lo que no habría sido obstáculo tampoco una de las singularidades de la nueva prestación consistente en que la condición de beneficiario puede ser tanto individual (que es lo que sucede en las pensiones de jubilación e invalidez) como una unidad de convivencia familiar (que permitiría, por tanto, replantearse aquí la inclusión de las prestaciones familiares).

Una idea que además se veía confirmada por el hecho de que su regulación condicionaba su acceso a que el beneficiario hubiese solicitado previamente las pensiones y prestaciones a las que pudiese tener derecho y no las hubiese obtenido, tanto contributivas como no contributivas (art.7 RDL 20/20). Una exigencia de incompatibilidad, habitual por otro lado entre las prestaciones de naturaleza no contributiva, que se corrobora cuando en la identificación de los recursos computables para concretar la existencia o no de la situación de vulnerabilidad económica, no aparecen recogidas las pensiones no contributivas (art. 8 LIMV).

Pues bien, este diseño legal se ha alterado en la LIMV en la medida en que ha desaparecido el requisito antes descrito (art. 10 LIMV) y además se ha previsto en la identificación de los recursos computables una regla de compatibilidad entre las posibles

---

el concepto de unidad de convivencia, el procedimiento de solicitud de la prestación, e incluso las obligaciones de los sujetos beneficiarios.

pensiones no contributivas (extensibles a las contributivas e incluso al subsidio por desempleo) con el IMV, siempre que la cuantía de éste supere la de las pensiones citadas; algo que no es difícil que suceda cuando se trata de unidades de convivencia conforme la escala legal establecida en función del número de miembros que la integran. Aunque eso sí, estableciéndose, una regla diferencial de cuantías<sup>22</sup>.

En definitiva, sin restar la importancia que el IMV representa en la lucha contra la pobreza y la exclusión social, con la consiguiente ampliación de sujetos protegidos por el Sistema; lo cierto es que los cambios operados en la LIMV no hacen presagiar que ésta se vaya a convertir en la prestación no contributiva que neutralice al resto. Antes, al contrario, las pensiones no contributivas hasta la fecha existentes parecen reafirmarse en su existencia, manteniendo su autonomía; lejos, pues, de ese objetivo de reordenación progresiva de las prestaciones asistenciales, que incluye los subsidios por desempleo (y eso sólo en el Sistema porque habría que decir otro tanto en el terreno de las autonómicas). Razones explican que esa neutralización no se dé, entre otras, las dificultades técnicas que sin duda representaría integrar una pensión individualizada (de jubilación o de invalidez no contributiva) en otra que puede ser de naturaleza colectiva cuando se trata de una unidad de convivencia. Pero como ya he dicho, son más de carácter técnico; perdiéndose así la oportunidad de reformular el complejo entramado de prestaciones dirigidas a ofrecer tutela a quienes lamentablemente carecen de recursos.

---

<sup>22</sup> Vid., art. 13. 6 LIMV que a tal efecto dispone (.....) cuando el solicitante del ingreso mínimo vital o uno o varios de los miembros de la unidad de convivencia, en su caso, tuvieran reconocida en la fecha de la solicitud, o les fuera reconocida antes de la resolución, una o más pensiones, contributivas o no contributivas, del sistema de la Seguridad Social, o un subsidio de desempleo para mayores de 52 años, cuyo importe mensual conjunto, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, fuera inferior a la cuantía mensual de renta garantizada aplicable, y procediera el reconocimiento del ingreso mínimo vital por concurrir todos los requisitos para ello, el importe mensual de esta prestación no podrá ser superior a la diferencia entre la referida cuantía mensual de la renta garantizada y el importe mensual de la pensión o de la suma de las pensiones, incluida en su caso la parte proporcional de las pagas extraordinarias.



El presente número de esta colección de Monografías de Temas Laborales, cabecera de la fue su primer Director, está dedicado en su integridad al Profesor Dr. Santiago González Ortega, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En su elaboración han participado más de sesenta autores procedentes de distintos países y especialistas en distintas ramas del conocimiento, que presentan como nexo común su condición de compañera/o y amiga/o del Maestro, al que quieren con sus aportaciones personales rendirle un merecido homenaje con motivo de su jubilación administrativa. Pues como el mismo Profesor manifiesta, no tiene en mente cesar en sus tareas de jurista volcado en la investigación y la divulgación del conocimiento.

Se trata de una colección de estudios sobre cuestiones actuales y muy precisas de la disciplina que conforma el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y que se sistematizan en torno a las grandes voces analíticas que han protagonizado la producción científica del Prof. González Ortega durante su muy fructífera trayectoria académica, desarrollada sobre todo a través de sus Cátedras en las Universidades de Málaga, Sevilla, Huelva, Carlos III de Madrid y Pablo de Olavide de Sevilla.

Bloques temáticos que incluyen, en primer lugar, el Sistema de Relaciones Laborales, que agrupa todas las aportaciones relativas al Derecho Individual o Contractual, así como al Derecho Sindical y Colectivo del Trabajo, con especial referencia a los problemas surgidos con ocasión de la aprobación de la última reforma del mercado de trabajo, operada a través del RD-L 32/2021, de 28 de diciembre. En segundo lugar, el Derecho de la Prevención de Riesgos y de la Salud Laboral, al que se dedicó desde primeras investigaciones y en el que se erigirá en autor de referencia con sus análisis de las principales manifestaciones legislativas y de naturaleza reglamentaria. Por último, el bloque dedicado al Derecho de Protección Social, en el que se integran no solo los trabajos sobre el Sistema de Seguridad Social en su sentido más estricto, también sobre el conjunto de las manifestaciones asistenciales y no contributivas propias de un Estado Social en constante progresión, y a cuyo desarrollo ha contribuido de manera indudable con su obra y magisterio el Profesor González Ortega.

ISBN 978-84-09-45470-9



9 788409 454709