TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
181/2026
Primer Trimestre

181

Junta de Andalucía

www.juntadeandalucia.es

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social

181

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

VOCALES

BEATRIZ BARRANCO MONTES	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático (e) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático (e) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático (e) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático (e) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
EDOARDO ALES	Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles "Parthenope"
ELMER ARCE ORTIZ	Profesor Principal de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Católica del Perú
ELISABETH BRAMESHUBER	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Viena
ISABELLE DAUGAREILH	Directora de COMPTRASEC Burdeos
ANA MARÍA ORELLANA CANO	Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
FEDERICO NAVARRO NIETO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Córdoba
MARÍA NIEVES MORENO VIDA	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva
EVA GARRIDO PÉREZ	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Cádiz
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SOFÍA OLARTE ENCABO	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
FRANCISCO VILA TIERNO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Málaga
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Málaga
OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Jaén
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Córdoba
CARMEN FERRADANS CARAMÉS	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Cádiz
MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO	Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ	Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Jaén
FERNANDO ELORZA GUERRERO	Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
JOSÉ ANTONIO SOLER ARREBOLA	Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Huelva
MARÍA TERESA VELASCO PORTERO	Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Loyola Andalucía

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

José Manuel Gómez Muñoz. Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DIRECTOR

Jesús Cruz Villalón. Director de la Revista

VOCALES

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Subdirector de la Revista Temas Laborales
AMPARO Mª MOLINA MARTÍN	Secretaria de la Revista Temas Laborales
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Experto del CARL
MIGUEL C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Experto del CARL
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y SS. Univ. de Granada
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA	Catedrático de Derecho del Trabajo y SS. Univ. de Granada
TERESA DÍAZ AZNARTE	Catedrático de Derecho del Trabajo y SS. Univ. de Granada
EDUARDO ROMÁN VACA	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Sevilla
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Sevilla
PATROCINIO TERESA RODRÍGUEZ RAMOS	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Sevilla
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Sevilla
FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Cádiz
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Cádiz
SUSANA DE LA CASA QUESADA	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Jaén
MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Jaén
MARÍA ESTHER CARRIZOSA PRIETO	Profesora Titular de DTSS. Univ. Pablo de Olavide
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. Pablo de Olavide
JULIA MUÑOZ MOLINA	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Córdoba
ANTONIO COSTA REYES	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Córdoba
FRANCISCO LOZANO LARES	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Málaga
MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Málaga
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Huelva
ELISA MUÑOZ CATALÁN	Profesora Permanente Laboral de DTSS. Univ. de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide

SECRETARIA

AMPARO Mª MOLINA MARTÍN

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200

Boletín de suscripción disponible en publicaciones.carl.ceeta@juntadeandalucia.es

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y TRABAJO AUTÓNOMO

JUNTA DE ANDALUCIA

DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96

I.S.S.N.: 0213-0750

Imprime: Artes Gráficas Servigraf, S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 181/2026

Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Edadismo y discriminación por edad: de la lógica instrumental a la garantía de la dignidad del trabajador 13
WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

El uso de la imagen de la persona trabajadora con fines comerciales: nuevos paradigmas fruto de los avances tecnológicos 47
EDUARDO E. TALÉNS VISCONTI

La extinción indemnizada del contrato de trabajo (Una crítica del despido libre desde el análisis económico del Derecho) 81
OSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

El contrato fijo-discontinuo en el empleo público local: una propuesta de aplicación a los programas de políticas activas de empleo 113
JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA

Necesaria reforma del despido objetivo por ineptitud sobrevenida: análisis doctrinal y jurisprudencial 145
NURIA J. AYERRA DUESCA

Acerca de las controvertidas relaciones laborales en las clínicas dentales 171
ÁNGEL GUILLÉN PAJUELO

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe de la negociación colectiva andaluza
(Año 2025, 2º Semestre) 205

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO..... 241
Universidad de Cádiz
Identificación y cuantificación de los daños morales en supuestos de vulneración del ejercicio colectivo del derecho de huelga
Antonio Álvarez Del Cuvillo

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO..... 259
Universidad de Córdoba
Límites en la configuración convencional del llamamiento del contrato fijo-discontinuo y su conexión con la (no traspuesta) Directiva (UE) 2019/1152
Antonio Costa Reyes

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía..... 277

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: Análisis Laboral (Perú), Arbeit und Recht (Alemania), Australian Journal of Labour Law (Australia), Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia), Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica), Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá), Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América), Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodajalci-Eslovenia), Derecho de las Relaciones Laborales (España), Diritti Lavori Mercati (Italia), Diritto delle Relazioni Industriali (Italia), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania), European Labour Law Journal (Bélgica), E-journal of International and Comparative Labour Studies (Italia), Giornale di Diritto del Lavoro (Italia), Industrial Law Journal (Sudáfrica), Industrial Law Journal (Reino Unido), International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda), International Labour Review (OIT), Japan Labor Review (Japón), Labour and Social Law (Bielorrusia), Labour Society and Law (Israel), Lavoro e Diritto (Italia), Pecs Labour Law Journal (Hungría), Revista de Derecho Social (España), Revue de Droit du Travail (Francia), Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia), Russian Yearbook of Labour Law (Rusia), Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Polonia) y Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits-und Sozialrecht (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en http://www.labourlawjournals.com

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales":
https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

0. CONFIGURACIÓN PÁGINA
Margen superior: 2,5
Margen inferior: 2,5
Margen izquierda: 3,0
Margen derecha: 3,0
Encabezado: 1,25
Pie de página: 1,25

1. ENCABEZAMIENTO
Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.
Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.
Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.
Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.
Número ORCID del autor, alineado a la derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE
En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE
Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3.).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS
El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO
Times New Roman 12, a un espacio, sin sangrado
Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.
Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una indicación concreta en su primer uso a través de paréntesis.
La referencia a artículos dentro de una norma debe efectuarse al final de una frase entre paréntesis. Por ejemplo, la libertad de contratación está presente en el reconocimiento de la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE).
Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS
Times New Roman 10, a un espacio, sin sangrado.
Las referencias numéricas y de fechas a las normas deben recogerse siempre en notas a pie de página, de modo que en el texto principal aparezca sólo la abreviatura de la norma.
Las referencias a jurisprudencia deben ir en todo caso en las notas a pie de página, sin que deban citarse en el texto principal del trabajo. Las sentencias se citarán del siguiente modo: Tribunal que lo dicta, fecha de la sentencia, número de recurso y referencia ECLI. Por ejemplo, STS 23 de marzo de 2017, rec. 81/2016, ECLI:ES:TS:2017:1275
Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.
En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.
Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecomillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.
Ejemplos:
- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", Temas Laborales 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto…", op. cit., TL 120/2013, p.23.
- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN
Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. REMISIÓN
Correo electrónico: jesuscruz@us.es

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN
Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.
Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS Y GRATUIDAD
Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.
Se garantiza la completa gratuidad de la publicación para los autores, que no deberán sufragar cantidad alguna por la edición de sus trabajos.

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.
Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la *Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal* Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el *Código de conducta para editores de revistas* (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el *Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas* (CSE, 2021).
El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista:
https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 181/2026

First Trimester

INDEX

1. STUDIES

Ageism and age discrimination: from instrumental logic to guaranteeing the dignity of the worker *13*
WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

The use of the worker's image for commercial purposes: new paradigms arising from technological advances *47*
EDUARDO E. TALÉNS VISCONTI

The compensated termination of the employment contract (A critique of free dismissal from economic analysis of Law) *81*
OSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

The fixed-discontinuous contract in local public employment: a proposal for application to active employment policy programs *113*
JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA

Necessary reform of objective dismissal due to subsequent incompetence: doctrinal and jurisprudential analysis *145*
NURIA J. AYERRA DUESCA

About controversial labor relations in dental clinics *171*
ÁNGEL GUILLÉN PAJUELO

2. REPORTS AND DOCUMENTS

Report on Andalusian collective bargaining (Year 2025, 2nd Semester) *205*

3. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR LAW *241*
University of Cádiz
Identification and quantification of moral damages arising from interference with the collective exercise of the right to strike
Antonio Álvarez Del Cuvillo

LEGAL REGIME OF THE EMPLOYMENT CONTRACT *259*
University of Córdoba
Limits on the contractual regulation of the recall in fixed-discontinuous contracts and its connection with Directive (EU) 2019/1152 (not transposed)
Antonio Costa Reyes

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the Autonomous Community of Andalusia *277*

1
Estudios

EDADISMO Y DISCRIMINACIÓN POR EDAD: DE LA LÓGICA INSTRUMENTAL A LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR*

AGEISM AND AGE DISCRIMINATION: FROM INSTRUMENTAL LOGIC TO GUARANTEEING THE DIGNITY OF THE WORKER

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca
ORCID: 0000-0002-7180-0959

RESUMEN **Palabras clave:** edadismo, dignidad humana, Derecho Antidiscriminatorio de la Unión Europea, TJUE, TC

El presente artículo analiza el tratamiento jurídico del edadismo y la discriminación por edad en el ámbito laboral, un fenómeno frecuentemente postergado frente a otras causas de discriminación. Con este propósito, examina críticamente el tratamiento dado a la edad por la Directiva 2000/78/CE y la jurisprudencia del TJUE, poniendo de relieve la protección devaluada que ofrecen a este factor de discriminación, que permite instrumentalizar la protección de los trabajadores jóvenes y mayores para la consecución de objetivos de política de empleo. Asimismo, aborda a continuación la contradictoria praxis del Tribunal Constitucional español, que ha terminado por derivar hacia la aplicación de un canon laxo de control, cuyos efectos se aprecian especialmente a la hora de valorar supuestos de jubilación forzosa y de despidos colectivos. Frente a esta deriva, el autor postula la necesidad de recuperar el valor autónomo de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la Constitución, entendiéndola como una regla de carácter tendencialmente absoluto y no como un simple mandato de optimización. La propuesta final sostiene que la edad debe ser protegida como un componente esencial de la dignidad humana, proscribiendo cualquier trato peyorativo que suponga una instrumentalización de los trabajadores con fines económicos o de mercado.

ABSTRACT ***Keywords:*** *ageism, human dignity, European Union Anti-Discrimination Law, CJEU, Constitutional Court*

This article analyzes the legal treatment of ageism and age discrimination in the workplace, a phenomenon frequently neglected in comparison to other grounds of discrimination. To this end, it critically examines the treatment of age in Directive 2000/78/EC and the case law of the CJEU, highlighting the "devalued" protection it offers to this discriminatory factor, which allows for the instrumentalization of the protection of young and older workers to achieve employment policy objectives.. In response to this trend, the author posits the need to reclaim the autonomous value of the prohibition of discrimination contained in Article 14 of the Constitution, understanding it as a rule of a fundamentally absolute nature rather than a mere optimization mandate. The final proposal argues that age must be protected as an essential component of human dignity, proscribing any adverse treatment that involves the instrumentalization of workers for economic or market purposes.

* Ponencia invitada defendida por el autor en el marco de las *XLII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* sobre "Grandes transformaciones sociales y relaciones laborales", organizadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y celebradas en la ciudad de Málaga los días 6 y 7 de noviembre de 2025, Tercer Panel sobre "Retos demográficos".

 Recepción original: 02.02.2026. Aceptación: 12.02.2026

ÍNDICE

1. La singularidad del edadismo como fenómeno social y la discriminación por edad como práctica jurídica
2. El devaluado valor de la edad en el derecho antidiscriminatorio de la unión europea
3. La deriva del tribunal constitucional frente la edad: un camino hacia la laxitud valorativa
4. La recuperación del valor de la edad como causa de discriminación: de mandato de optimización a regla tendencialmente absoluta

> "Abordar el edadismo es esencial para crear un mundo más igualitario en el cual se respeten y se protejan la dignidad y los derechos de cada ser humano"
>
> Organización Mundial de la Salud,
> *Informe Mundial sobre el edadismo*, 2024

1. LA SINGULARIDAD DEL EDADISMO COMO FENÓMENO SOCIAL Y LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD COMO PRÁCTICA JURÍDICA

El edadismo, entendido en su sentido primigenio de "prejuicio de un grupo de edad hacia otros grupos de edad", acuñado en 1969 por Robert Butler[1], así como su manifestación jurídica, la discriminación por edad, representan fenómenos profundamente arraigados dentro de nuestras sociedades. De ello dan cuenta numerosos estudios e informes de instituciones y organizaciones internacionales, que coinciden en destacar cómo los estereotipos, los prejuicios y las prácticas edadistas recorren todos los espacios sociales y todas las actividades en todos los continentes, Europa incluida, con un énfasis especial en el espacio de las relaciones laborales y el mercado de trabajo[2].

Es más, de la información disponible es posible deducir también que no nos encontramos ante un factor de segregación social de menor importancia.

[1] R. Butler, "Age-ism: Another form of bigotry", *The Gerontologist*, 1969, núm. 9, págs. 243-246.

[2] Así, con carácter general, véase Organización Mundial de la Salud, *Informe Mundial sobre el edadismo*, 2024. Texto disponible en: https://www.who.int/es/teams/social-determinants-of-health/demographic-change-and-healthy-ageing/combatting-ageism/global-report-on-ageism

Específicamente en relación con el impacto del fenómeno en Europa, resulta de especial interés el informe de Equinet European Network of Equality Bodies, *Fighting Discrimination on the Ground of Age*, 2018. Texto disponible en: https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2019/03/Age-Discrimination_updated-electronic-1.pdf

Muy por el contrario, existen indicios que permiten inferir que actualmente la edad, singularmente en su franja superior, constituye muy probablemente entre nosotros una causa de discriminación laboral de importancia al menos similar, si no superior, a la que suele asignarse al sexo, en particular por lo que al acceso al mercado de trabajo se refiere. Estudios recientes ponen de manifiesto, en este sentido, cómo, si bien las personas mayores de 55 años presentan tasas más altas de ocupación, la evolución de las mismas apunta a un progresivo y notable deterioro de esta ventaja, siendo las situaciones de desempleo que se producen a partir de esa edad bastante más persistentes que en los restantes grupos etarios, a la vez que los escasos empleos a los que se puede acceder son por lo general de bastante menos calidad incluso que los de los trabajadores más jóvenes, con más temporalidad, más contratos fijos discontinuos y menor frecuencia de empleos en ocupaciones altamente cualificadas[3].

Pese a lo anterior, la discriminación por edad no suele ser objeto, ni de la atención, ni de la preocupación que merecen otras causas, como por ejemplo el sexo o la raza. Por el contrario, existe una escasa percepción colectiva del carácter injustificado y a la vez profundamente negativo y pernicioso de las diferencias de trato basadas en la edad, que conduce a que estas sean aceptadas en muchos casos sin excesivos reparos. Como se ha dicho, la edad como causa de discriminación se presenta por lo general con una apariencia de motivo moralmente irrelevante de diferenciación, cuando no incluso racional, no dotado, en cualquier caso, de la carga de indignidad y oprobio que suele asignarse a las diferencias fundadas en las otras dos causas antes mencionadas[4].

¿Cómo es posible que conductas tan extendidas y de tan negativo impacto sobre quienes las padecen sean objeto de una valoración tan benigna?

La explicación hay que buscarla en las singulares características de la edad como factor de discriminación, en la medida en que estas, a la vez que propician un menor apego de las personas hacia ella, favorecen una mayor tolerancia frente a las prácticas capaces de afectarla.

[3] Como apunta en sus conclusiones el informe dirigido por L. Serrano Martínez y A. Soler Guillen, *Formación, transición digital y calidad de vida de los mayores en España*, Madrid, Fundación BBVA, 2025, pág. 239, a partir de una muy importante base empírica. Texto disponible en: https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2025/07/DE-2025-formacion_transicion_digital_y_calidad_vida_mayores_Espana-copia.pdf

Para una breve presentación y análisis de los datos arrojados por la última encuesta de población activa, publicada en octubre de 2025, que confirman estas observaciones, véase P. Montero, *La EPA confirma que el edadismo laboral no da tregua y está enquistado: 510.000 parados de más de 55*. Texto disponible en https://www.65ymas.com/economia/epa-confirma-edadismo-laboral-no-tregua-enquistado-510000-parados-mas-55_76098_102.html

[4] J. Cabeza Pereiro, "La discriminación por edad: realidades y desafíos. Una aproximación", pág. 6 del original inédito, de próxima aparición en la obra colectiva *Los desafíos sociales a la gobernanza de las relaciones laborales: la vulnerabilidad en el empleo*, dirigida por E. Rodríguez y S. Coppoletta.

Es imprescindible no perder de vista aquí, antes que nada, que la pertenencia a los grupos sociales susceptibles de sufrir los comportamientos discriminatorios no depende de ninguna característica inherente a las personas o que las acompañe de manera permanente, sino de un rasgo que cambia de manera constante a lo largo de distintas fases por las que atraviesa su vida. Como se ha dicho, mientras "el sexo es, en esencia, un criterio binario", la edad "es un punto en una escala"[5], variable por su propia naturaleza. Esto ocasiona que, aunque todos los trabajadores terminarán por ser potenciales destinatarios de las diferencias de trato[6], nadie salvo los directamente afectados se sienta concernido por ellas. Máxime cuando, como se indicará inmediatamente, la pertenencia a ciertos grupos de edad se encuentra ordinariamente asociada a estereotipos sociales negativos con los que nadie desea verse identificado.

La edad no es, además, una causa de discriminación única sino dual, que es capaz de abarcar dos colectivos distintos igualmente caracterizados por su desventajosa situación, pero situados en los extremos opuestos de la referida escala y, por tanto, con intereses no solo no necesariamente coincidentes sino en cierta medida contradictorios, como son los trabajadores jóvenes, por un lado, y los de edad madura o avanzada, por el otro. Esta es una circunstancia que dificulta, no solo la posibilidad de llevar a cabo una delimitación precisa de su contenido o alcances[7], sino incluso la propia identificación de las grupos sociales protegidos y la conformación, a partir de ellos, de un colectivo homogéneo y con capacidad de reivindicar una consideración más atenta de las diferencias injustificadas de trato que puedan padecer sus integrantes.

A lo anterior hay que sumarle el hecho inocultable de que el transcurso de edad trae consigo una serie de procesos biológicos y cognitivos de acuerdo con los cuales, mientras por un lado se adquieren conocimientos, experiencias, y habilidades, por el otro se experimenta una progresiva disminución de la capacidad física. La edad proporciona, de tal modo, una base objetiva para la emergencia de estereotipos y prejuicios sociales que, partiendo de esa realidad, atribuyen de manera absoluta determinadas características, normalmente negativas, a todas las personas que se integran en las antes referidas franjas de edad. Unos estereotipos y prejuicios que, por supuesto, terminan por tener un impacto cierto sobre el mercado de trabajo.

[5] R. Morato García, "Cese forzoso por edad y negociación colectiva: ¿un supuesto de discriminación?", *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, núm. 29, pág. 3, citando las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto *Lindofer* (C-227/04).

[6] Nos encontramos, como indica G. Loy, "Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per etá", *Rivista Giuridica del L*avoro, 2008, I, pág. 524, ante "la más democrática de las discriminaciones".

[7] Cuestión sobre la que ha llamado especialmente la atención M. P. Monaco, "La discriminación por razón de edad y discapacidad en la Unión Europea. Un análisis desde el derecho italiano", *Relaciones Laborales*, 2013, núm. 5, pág. 112.

La juventud aparece, así, normalmente asociada a la inmadurez y la falta de experiencia, en tanto que la madurez se presenta vinculada con el deterioro físico, la obsolescencia de los conocimientos, la falta de flexibilidad y de interés por adquirir nuevos saberes o la incapacidad de adaptación a las nuevas tecnologías, por aludir aquí solo algunos de los estereotipos más frecuentes[8]. Poco importa que la evidencia científica ponga de manifiesto que la edad constituye un fenómeno altamente individualizado, que depende en gran medida de la singularidad de cada sujeto[9]. Finalmente, estos estereotipos terminan por impregnar el sistema de creencias de los individuos, impulsándolos a adoptar decisiones en perjuicio de los integrantes de ambos colectivos.

La conjunción de estos dos órdenes de circunstancias hace posible que las diferencias de trato basadas en la edad sean por lo general toleradas con más facilidad y no generen las resistencias que suelen acompañar a las discriminaciones por otras causas. De un lado, porque el carácter variable de la edad permite entender que esas diferencias de trato no se dirigen contra la persona en sí, ya que no afectan a un rasgo que le es inherente, sino que se esgrimen exclusivamente frente a un atributo contingente y mutable de la misma, pese a que, como es evidente, la persona "es" en cada momento "con" la edad que tiene. Pero, del otro lado, también, porque los procesos de maduración y envejecimiento proporcionan una base objetiva de la que normalmente "se cuelgan" los estereotipos negativos asociados a la edad, al ofrecer un aparato aparentemente neutro y racional de justificaciones para la adopción de decisiones perjudiciales para los trabajadores jóvenes y de edad avanzada. Las conductas discriminatorias se "visten", así, de una objetividad, e incluso de una apariencia de racionalidad económica y social, de las que carecen, al estar basadas en un criterio de distinción "grosero, indirecto y rígido"[10], incapaz de reflejar la diversidad de situaciones particulares que dentro de él pueden cobijarse, como es el de la edad.

Es más, las propias consecuencias negativas de la aplicación de estos estereotipos, que suelen medirse especialmente en términos de exclusión del mercado de trabajo, están en condiciones de ser utilizadas, a su vez, como otros tantos motivos adicionales de justificación de la introducción, no solo de medidas especiales de protección y actuaciones de carácter positivo dirigidas a compensar los efectos de esa exclusión sobre las personas que la padecen, sino de

[8] Ampliamente, J. Cabeza Pereiro, "Estereotipos vinculados a la edad", en J. Cabeza Pereiro y B. Cardona Rubert (Coordinadores), *Edad, discriminación y derechos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2018, págs. 97-118.

[9] Como apunta J. Mercader Uguina, "Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad", en J. Mercader Uguina, *Trabajadores maduros. Un análisis interdisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2009, pág. 25, pág. 26.

[10] De acuerdo con la calificación hecha en su día por S. González Ortega, "La discriminación por razón de la edad", *Temas Labor*ales, 2001, núm. 59, pág. 108.

diferencias de trato de carácter perjudicial, presuntamente encaminadas a reforzar la empleabilidad de los integrantes del colectivo afectado mediante una reducción de las garantías y los derechos que les corresponden, con el fin de convertir en más "atractiva" su contratación para el empresariado. Pudiéndose llegar incluso, a partir de esta misma realidad inducida por el impacto de los prejuicios edadistas, a la adopción de actuaciones que, partiendo de la diferencia de posiciones existente entre los trabajadores mayores y los trabajadores jóvenes, optan por perjudicar a los primeros, normalmente favoreciendo su expulsión del mercado de trabajo, con el pretendido propósito de beneficiar a estos últimos[11]. Emergen así las consideraciones de política de empleo como aval de las distinciones de signo peyorativo asociadas a la edad.

Lo indicado hasta aquí no supone que no sea posible establecer distinciones entre trabajadores en función de la edad. Ni que no sea válido adoptar medidas de política de empleo para hacer frente a la situación de desventaja en la que se sitúan algunos de ellos en atención a esa circunstancia. Como se ha dicho, dado que "la edad es un hecho biológico que acompaña y transforma a la persona y que tiene efectos en la capacidad laboral", está en condiciones de "generar diferencias justificadas"[12]. Resulta claro, sin embargo, que en un sistema basado en la garantía del principio de no discriminación por razón de edad esas diferencias de trato solo encontrarán justificación de manera excepcional, cuando el recurso a la edad represente una fórmula objetiva de asignación de consecuencias desprovista de todo potencial segregador. De igual modo, la puesta en marcha de acciones en el terreno de la política de empleo constituye no solo una posibilidad sino una necesidad, a la vista del negativo impacto que sobre él tienen los estereotipos basados en la edad. No obstante, habrá de tratarse de medidas que se dirijan a paliar la situación de exclusión en la que se encuentran las personas integradas en los colectivos que se busca proteger. Y no, por supuesto, a reforzarla, ocasionándoles perjuicios por esa circunstancia.

Precisamente, en la necesidad de distinguir entre las dos clases de actuaciones legítimas que han sido indicadas y aquellas que, más allá de la retórica, se fundan en estereotipos o precogniciones negativas sobre la edad o tienen un impacto perjudicial sobre las personas integradas en los colectivos afectados, contribuyendo a reforzar su situación de exclusión, radica la enorme dificultad de la tutela jurídica de este singular factor de discriminación. Los siguientes apartados servirán para tomar buena cuenta de ello.

[11] Una visión especialmente crítica de estas prácticas, avaladas "sobre la base de un razonamiento aparentemente indiscutible: la más fácil expulsión o la jubilación anticipada de los trabajadores anciano favorece la entrada de los jóvenes en el mercado laboral", puede verse en G. Loy, "El empleo de los trabajadores maduros. Marco general", en J. Mercader Uguina, *Trabajadores maduros. Un análisis interdisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, págs. 75-76.

[12] M. Rodríguez-Piñero, "Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes", *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, núm. 11, pág. 1034.

2. EL DEVALUADO VALOR DE LA EDAD EN EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA

La evolución del tratamiento jurídico de la edad como causa de discriminación dentro del Derecho de la Unión Europea constituye una buena muestra, no solo de los dilemas a los que se ve sometido cualquier intento de regulación de este factor, sino de los contradictorios resultados a los que puede dar lugar.

Es indudable que, a la luz de lo dispuesto por el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, que prohíbe de forma expresa las discriminaciones ejercidas por razón de edad, y el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la misma, que encomienda al Consejo la adopción de acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de edad, nos encontramos delante de un componente esencial del Derecho Antidiscriminatorio de la Unión, cuya tutela ha de ser garantizada con la mayor intensidad por las normas que se expidan en su aplicación.

No es esta, sin embargo, la conclusión que se desprende del examen del contenido de la Directiva 2000/78/CE, aprobada con el objeto de "establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación", de acuerdo con lo indicado por su artículo 1. Antes bien, el importante número de excepciones que a la protección frente a las discriminaciones fundadas en la edad impone esta norma en sus artículos siguientes, de las que se dará cuenta inmediatamente, así como el hecho de que estas excepciones se vinculen a consideraciones de política legislativa como las que han sido apuntadas en el apartado anterior, conducen de manera directa a dudar de la virtualidad protectora del régimen jurídico que se le ofrece[13] e incluso a poner en entredicho su pertenencia al bloque regulador de la materia[14]. De allí que la discriminación por edad haya sido considerada, pese a su reconocimiento al máximo nivel dentro del Derecho de la Unión, como una causa de discriminación de menor entidad e importancia, que es objeto de un nivel de protección claramente inferior al de las

[13] Así, desde un inicio, M. Rodríguez-Piñero, "Discriminación por edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, 2008, núm. 1, pág. 24, para quién, aunque el principio antidiscriminatorio se vio reforzado por el Tratado y la Carta de Niza, "pierde la mayor parte de su sentido cuando se desarrolla por la Directiva". Igualmente, E. Martín Puebla, "Igualdad de trato y no discriminación por edad, discapacidad y orientación sexual", *Trabajo y Derecho*, Monográfico núm. 7, pág. 5 del texto en formato digital, en opinión del cual el "amplio y variado número de excepciones" introducidas contribuye "en cierto modo a banalizar las diferencias de trato por razón de edad".

[14] En la medida en que las excepciones consentidas "permitirían justificar también las discriminaciones directas", según apunta G. Loy, "Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per etá", cit., pág. 524. Esta es una observación que, como veremos, no resulta desencaminada a la luz de lo que se dirá más adelante.

demás, que no se encuentran sometidas dentro de la Directiva a un nivel semejante de salvedades[15].

¿Cuáles son estas excepciones y por qué es posible sostener que conllevan una minusvaloración de la edad como potencial factor de diferenciación social ilegítima?

El núcleo de la diferencia de trato dada a la edad respecto del sexo y las demás causas de discriminación previstas por la Directiva se encuentra en su artículo 6, al que se asigna la significativa rúbrica de "justificación de las diferencias de trato por motivos de edad", y particularmente en su apartado 1. La razón de ser de este precepto aparece recogida en el considerando 25 de la misma. De acuerdo con este, "la prohibición de discriminación por razones de edad" –y no, por tanto, la introducción de diferencias de trato basadas en ella– "constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo". A despecho de lo cual el mismo reconoce a continuación que "en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad", siendo por ello "esencial distinguir las diferencias de trato justificadas", en particular "por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional", en tanto que "debe prohibirse la discriminación".

El legislador da entrada, de este modo, a los objetivos de política de empleo, postulándolos como posibles elementos de justificación de la introducción de desigualdades fundadas en la edad, pero lo hace introduciendo a la vez la necesidad de evitar que estos puedan operar como factores creadores de discriminaciones. Esta es una observación que, aun dentro de su calculada ambigüedad, permite deducir que los instrumentos de la política de empleo se encuentran subordinados a la tutela del derecho a la no discriminación por razón de edad, no pudiendo atentar contra ella o ponerla en suspenso. La contundencia de esta conclusión se desdibuja por completo, no obstante, cuando se analiza la formulación dada por el legislador comunitario al precepto que nos ocupa.

Ahora bien, entrando ya en el análisis del contenido del artículo 6.1, es importante empezar por destacar que, bien mirado, este establece en realidad un único supuesto en el que las diferencias de trato establecidas por los Estados –y, por tanto, no por los particulares– "no constituirán discriminación" por razón de edad: aquél en el que las mismas se encuentren "justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legítima". Bien que añadiendo expresamente a continuación que entre estas últimas deben considerarse incluidos "los objetivos legítimos de

[15] M. A. Ballester Pastor, "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", en M. A. Ballester Pastor (Coordinadora), *La transposición del principio antidiscriminatorio al ordenamiento laboral españo*l, Valencia, Tirant lo blanch, 2010, págs. 96-99, aludiendo, en función de ello, a "el carácter secundario e incluso marginal de la edad como causa de discriminación prohibida".

las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional". Y precisando que esto solo será posible "si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios". La norma exige así, como se ha puesto de relieve, un elemento finalista (un fin legítimo asociado a la política de empleo que sea capaz de ofrecer una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato por razón de edad introducida) y un elemento instrumental (el recurso a medios que resulten adecuados y necesarios para su plasmación)[16], pero sin aportar precisión alguna sobre los alcances de ambos.

Lo anterior ha determinado que esta definición general del supuesto haya sido objeto de muy severas críticas, prácticamente unánimes además, debido a su falta de precisión y al carácter amplio, abierto e incluso ambiguo de los términos que emplea[17]. Especial atención se ha prestado en este caso al parámetro de la "finalidad legítima", que, de la manera como aparece formulado, ha sido considerado como una suerte de "colador", capaz de permitir lecturas muy diversas en torno a los alcances de la excepción así formulada[18].

De todas formas, siendo cierto que el párrafo primero del artículo 6.1 ofrece un espacio interpretativo singularmente elástico, que permite al Tribunal de Justicia especificar caso por caso la justificación o no de las excepciones impuestas a la prohibición[19], tampoco parece que convierta su introducción en una potestad absolutamente discrecional de los Estados. En primer lugar, porque la relevancia que dentro del sistema de derechos fundamentales de la Unión posee la prohibición de discriminación por razón de edad impide que cualquier finalidad pueda ser considerada, sin más, adecuada para imponerse frente a ella. Por el contrario, seguramente esta deberá encontrarse vinculada a la tutela de un derecho fundamental o un bien o interés de importancia al menos equivalente al derecho a la no discriminación[20]. Y, en segundo lugar, porque la preceptiva adecuación y necesidad de los medios respecto de la finalidad perseguida puede ser reconducida sin excesivos forzamientos a la aplicación del juicio o test de proporcionalidad que, con carácter general, se aplica a la valoración de las medidas limitativas de derechos fundamentales[21]. Una observación que permite considerar abierto el camino a la legitimidad exclusivamente a las distinciones basadas en la edad que, además de ser idóneas para conseguir la finalidad legítima de política de

[16] Op. cit., pág. 102.

[17] Por todos, E. Martín Puebla, "Igualdad de trato y no discriminación por edad, discapacidad y orientación sexual", cit., pág. 5.

[18] En palabras de M. Falsone, "La discriminazione per età nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia", *Questione Lavoro*, 2011, Vol. I, pág. 21.

[19] Op. cit., pág. 19.

[20] Como postula G. Loy, "Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per etá", cit., págs. 524-526.

[21] M. Falsone, op. cit., pág. 24.

empleo perseguida con su imposición y mortificar en la menor medida posible la paridad de tratamiento, pueda entenderse que tutelan intereses susceptibles de ser considerados prioritarios de acuerdo con el sistema de valores del ordenamiento de la Unión y las circunstancias del caso concreto[22].

Más allá de estas observaciones, es importante destacar que, del modo recién descrito, el legislador comunitario termina por trasladar a las discriminaciones por razón de edad en general el esquema particular de justificación de los supuestos de discriminación indirecta contenido en el artículo 2.2.b de la Directiva, de acuerdo con el cual "una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros" susceptibles de ocasionar "una desventaja particular" a personas poseedoras de un rasgo protegido no serán consideradas discriminatorios, si pueden "justificarse objetivamente con una finalidad legítima" y "los medios para la concesión" de esta última son "adecuados y necesarios"[23]. Esto supone que, a diferencia de lo que ocurre con las restantes causas de discriminación cubiertas por la Directiva, tratándose de la edad, no solo los supuestos sospechosos de dar lugar a discriminaciones indirectas están sujetos al esquema abierto de justificación asociado a la aplicación del principio de proporcionalidad, sino también aquellos en los que sea posible apreciar la existencia de discriminación directa por esta causa. Es decir, las situaciones en las que una persona "haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga" por razón de su edad.

Es evidente que, en el caso de las discriminaciones indirectas, la extensión del espacio de ilicitud a disposiciones, criterios o prácticas solo indirectamente vinculadas a un factor prohibido requiere ser compensada mediante el reconocimiento de la posibilidad de alegar la existencia de razones objetivas que puedan servir de fundamento para la conducta sospechosamente discriminatoria[24]. Aquí, la extensión del ámbito de ilicitud necesita verse compensada por una paralela dilatación de las justificaciones susceptibles de ser aducidas, haciendo posible la alegación de un de un abanico abierto de causas de justificación[25]. Nada de esto es predicable de las discriminaciones directas. Antes bien, debido a su gravedad y a su carácter intolerable, las discriminaciones directas no admiten ninguna justificación[26]. Si

[22] Véase, con carácter general, C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007, 3º Edic.

[23] En la misma dirección, A. Álvarez Del Cuvillo, *El concepto de discriminación grupal y su eficacia en el ámbito de las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 220.

[24] M. Barbera, "Principi di eguaglianza e divieti di discriminazione", en M. Barbera y A. Guarizo (Editoras), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019, pág. 59.

[25] Loc. cit.

[26] Según destaca P. Charro, "Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral", en M. E. Casas Baamonde, I. García-Perrote Escartín, R. Gil Albuquerque, A. Gómez García-Bernal y A. V. Sempere Navarro (Directores), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación*

acaso, únicamente un número finito de excepciones previamente establecidas[27], asociadas a supuestos en los que la consideración de una característica asociada a uno de los factores prohibidos se encuentra desprovista del efecto perjudicial y segregador propio de la discriminación. Cosa que ocurre, en particular, dentro del esquema de la Directiva, con los supuestos en que una característica de este tipo puede ser considerada un "requisito profesional esencial y determinante" para el desarrollo de una concreta actividad profesional, de acuerdo con su artículo 4.1.

¿Cuáles son las consecuencias de esta llamativa extensión del esquema abierto de justificación de las discriminaciones indirectas, en cuyo núcleo se encuentra la ponderación, a las discriminaciones directas por causa de la edad?

La respuesta es sencilla: nada más y nada menos que la admisión explícita de que es posible introducir tratamientos directamente desfavorables en perjuicio de las personas de un determinado grupo etario, fundados además de manera explícita en esta circunstancia, siempre que detrás de ellos se encuentre un objetivo de política de empleo y los medios previstos para alcanzarlo puedan ser considerados adecuados y necesarios. Las discriminaciones directas por razón de edad se encuentran, así pues, justificadas dentro de la Directiva, cuando vengan avaladas por la intención de intervenir en el mercado de trabajo y sus fórmulas de aplicación guarden coherencia con ella. El contraste con el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de acuerdo con el cual se encuentra prohibida "toda discriminación" y "en particular la ejercida por razón de (…) edad", resulta aquí evidente. La Directiva abre con ello un indeterminado espacio para que las personas pertenecientes a los colectivos vulnerables por razón de su edad puedan ser instrumentalizadas en aras de la consecución de esa clase de objetivos, poniendo entre paréntesis la protección que su situación de vulnerabilidad requiere de acuerdo con el Derecho Originario de la Unión y afectando de tal forma su dignidad[28].

Por si alguna duda cupiese sobre esta posibilidad, la completa subordinación de la protección frente a la discriminación por edad a los objetivos de política de empleo se refleja a continuación a través de la inclusión en el propio apartado 1 del artículo 6, de un amplio y generoso listado[29], meramente ejemplificativo además, de "diferencias de trato" susceptibles de ser puestas en práctica por los Estados en aplicación de la previsión general que acaba de ser comentada. Estas

por el Tribunal de Justicia, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado-FIDE, 2023, págs. 317-318.

[27] M. Barbera, loc. cit.

[28] Como observa críticamente A. Álvarez Del Cuvillo, op. cit., págs. 220-221.

[29] Como lo califica C. H. Preciado Domenech, "La discriminación por razón de edad", en M. M. E. Casas Baamonde, I. García-Perrote Escartín, R. Gil Albuquerque, A. Gómez García-Bernal y A. V. Sempere Navarro (Directores), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado-FIDE, 2023, pág. 415.

son actuaciones que pueden ser agrupadas, en función de las justificaciones que pueden servirles de fundamento, en los tres bloques diferenciados que se examinan a continuación.

El primero de estos bloques incluye un catálogo indeterminado de medidas susceptibles de ser adoptadas, tanto respecto de los "jóvenes", como de los "trabajadores de mayor edad" e incluso de "los que tengan personas a su cargo"[30], "con vistas a favorecer su inserción profesional" o "garantizar" su "protección". El apartado a) del artículo 6.1 alude aquí, como opciones posibles, al establecimiento de "condiciones especiales", no solo "de acceso al empleo y a la formación profesional", sino también "de trabajo, incluidas las condiciones de despido". La habilitación no puede ser, de esta manera, más amplia, puesto que está en capacidad de abarcar diferencias de trato en prácticamente todos los extremos del régimen jurídico de la relación de trabajo y la totalidad de las condiciones laborales, siempre que estas tengan como objetivo la promoción del acceso al empleo o la tutela de quienes pertenezcan a dichos colectivos. O, por decirlo con los términos empleados por el párrafo 1, siempre que pueda establecerse su vinculación a "objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional".

Encuadrables aquí resultan, en consecuencia, entre otras muchas actuaciones posibles, la previsión de ventajas y ayudas dirigidas a fomentar la contratación, la reinserción profesional o el mantenimiento del empleo de los jóvenes o los mayores, el diseño de ofertas formativas específicas dirigidas a unos u otros, en el primer caso para favorecer el inicio de sus carreras profesionales y en el segundo para promover su actualización y recualificación, la creación de fórmulas singulares de contratación, se trate de contratos para jóvenes, dirigidos a propiciar su inserción o a permitirles una primera experiencia profesional o aprendizaje inicial, o para mayores, con vistas en este caso a evitar su exclusión definitiva del mercado de trabajo[31]. Incluso, caben aquí las decisiones que supongan, tanto una superior garantía como un aligeramiento de la protección frente al despido.

La norma no se abre, en consecuencia, solo a la previsión de medidas de acción positiva y mecanismos especiales de protección en beneficio de los integrantes de los colectivos comprendidos, sino también a la introducción de tratos peyorativos o reductores de derechos y garantías, encaminados a hacer menos gravosa o más "atractiva" desde el punto de vista de los costes empresariales su contratación o su mantenimiento en el empleo[32]. La expresa referencia a las "condiciones de

[30] Referencia extravagante que seguramente debe ser interpretada en este contexto como vinculada a la necesidad de combatir las dificultades de inserción laboral y compatibilización entre sus obligaciones familiares y el empleo que suelen atravesar quienes tienen personas a su cargo, en buena parte mayores.

[31] Véase, S. González Ortega, "La discriminación por razón de la edad", cit., pág. 105.

[32] De hecho, como observa M. A. Ballester Pastor, "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", cit., pág. 109, la Directiva se refiere, legitimándolas, a las medidas de "acción positiva"

despido", en particular, no solo parece apuntar claramente en esta dirección, sino estar dirigida a legitimar prácticas existentes en algunos Estados miembros. Toda una línea de política de empleo, de eficacia indemostrable[33] pero de consecuencias negativas ciertas sobre la configuración de los mercados de trabajo nacionales, como es la del recurso a la reducción de la protección laboral con tales fines, recibe de esta forma el aval explícito de la Directiva. Es más, tal y como aparece formulado el precepto, da la impresión de que su objetivo no es solo legitimar las actuaciones existentes, sino también "dar ideas" a quienes no hayan optado por introducirlas hasta el momento o se planteen profundizar en ellas. La opción de legitimar las discriminaciones directas por razón de edad siempre que estén inspiradas en motivos asociados a la política de empleo resulta aquí difícil de disimular[34].

A diferencia de lo que ocurre con el primer bloque, los dos siguientes se ocupan de establecer, como se ha indicado con crudeza, nada menos que autorizaciones para restringir o incluso impedir el acceso al empleo por razón de edad en perjuicio de las personas incluidas en los colectivos supuestamente protegidos[35].

La primera de estas autorizaciones, prevista por el apartado b) del artículo 6.1, se relaciona con la introducción de "condiciones mínimas" de "edad", "experiencia profesional" o "antigüedad en el trabajo" a los efectos de "acceder al empleo" o a "determinadas ventajas" relacionadas con él. En este caso la norma tiene como destinatarios principales a los trabajadores jóvenes y persigue excluir de plano el carácter discriminatorio de la introducción de requisitos como los apuntados, que atañen a estos de forma directa, en el caso de la edad, o que pueden afectarlos de manera indirecta con mayor probabilidad, tratándose de la experiencia y la antigüedad.

La habilitación permite, de tal forma, no sólo negar que la introducción de una edad mínima para el acceso al empleo o a ciertas condiciones laborales suponga discriminación directa, sino que pueda establecerse incluso la existencia de una discriminación indirecta a partir de la exigencia de una cierta experiencia

dirigidas a "prevenir o compensar las desventajas" ocasionadas por la edad y las demás causas de discriminación en su artículo 7. Lo que conduce a entender que el artículo 6.1.a) constituye un supuesto diferenciado, que comprende tanto "beneficios de acción afirmativa" como tratamientos peyorativos para el colectivo al que afectan.

[33] Véase, en particular, P. Gimeno Díaz De Atauri, "La diferenciación y la discriminación por razón de edad y su impacto en la negociación colectiva", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 2025, núm. 488, pág. 79, aludiendo a la producción en estos casos de un efecto análogo al denominado "peso muerto de las subvenciones", de acuerdo con el cual unas contrataciones que se hubieran realizado de todas formas se canalizan, bajo peores condiciones, hacia otras personas por razones de edad.

[34] Como insinúa M. P. Monaco, "La discriminación por razón de edad y discapacidad en la Unión Europea. Un análisis desde el Derecho italiano", cit., pág. 117.

[35] Nuevamente, P. Gimeno Díaz De Atauri, op. cit., pág. 80.

o la antigüedad, incluso cuando la medida introduzca "una desventaja particular" a los trabajadores de menor edad, por utilizar los términos del artículo 2.2.b) de la Directiva. De tal forma, factores susceptibles de ostentar un notorio contenido discriminatorio, tanto directo como indirecto, aparecen expresamente referenciados como motivos admisibles para la introducción de diferencias de trato de un evidente carácter desfavorable o restrictivo de derechos[36]. Es más, de modo distinto a lo previsto en el apartado anterior, en este la introducción de esta clase de condicionamientos no aparece vinculada a finalidad alguna, ni de política de empleo ni de otra naturaleza. La posibilidad de tratamientos diferenciados en detrimento de los trabajadores jóvenes aparece configurada, por tanto, con un sorprendente carácter incondicionado, sobre el cual han de prevalecer, en todo caso, los requerimientos de carácter general previstos por el precepto, que exigen, al menos, su vinculación a "objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional"[37]. Sin que esta observación sirva para negar su notorio potencial discriminatorio, de acuerdo con lo que se ha indicado antes.

Finalmente, el apartado c) del artículo 6.1 contempla, como tercer bloque de actuaciones expresamente habilitadas, una situación inversa a la anterior, susceptible de afectar esencialmente a los trabajadores de mayor edad. Esta se vincula con la previsión de "una edad máxima para la contratación" basada "en los requisitos de formación del puesto" del que se trate o "en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación". La norma se dirige en este caso a conjurar la potencial consideración del referido comportamiento, en sus dos vertientes, como constitutivo de un supuesto de discriminación indirecta por aplicación de lo previsto por el artículo 2.2.b) de la propia Directiva, dada la evidente "desventaja particular" que conlleva la fijación de un tope cronológico a efectos del acceso al empleo para los integrantes del referido colectivo[38].

La previsión de esta sorprendente excepción resulta criticable desde su raíz. En primer lugar, porque resulta absolutamente claro que las exigencias formativas necesarias para el desempeño de un determinado puesto de trabajo pueden –y, en consecuencia, deben– formularse directamente, teniendo en cuenta los conocimientos previos, la formación recibida, las aptitudes para ampliarla y adaptarla, la predisposición para adquirir nuevas experiencias, entre otros elementos de juicio susceptibles de valorarse de forma individual, sin que sea legítimo, por

[36] M. A. Ballester Pastor, "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", cit., pág. 111.

[37] M. A. Ballester Pastor, "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis preliminar", en M. A. Ballester Pastor (Coordinadora), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 66.

[38] Vid., destacando esta dimensión del supuesto, una vez más, M. A. Ballester Pastor, esta vez en "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", cit., pág. 112.

tanto, acudir a un referente rígido e indiscutible, de claro potencial discriminatorio, como la edad[39]. Pero, en segundo lugar, porque la imposición de una edad máxima de contratación basada, no en razones vinculadas con las aptitudes del trabajador, sino de pura conveniencia empresarial, como son las relacionadas con la existencia de un período de tiempo disponible antes de la jubilación suficientemente amplio como para permitir al empresario rentabilizar la inversión realizada[40], resulta de "de imposible justificación", máxime cuando existen otros instrumentos, como la previsión de pactos de permanencia, que permitirían atender ese interés sin tener que poner entre paréntesis el derecho estos trabajadores a no sufrir discriminaciones por razón de su edad[41].

Es importante observar, de otro lado, que de acuerdo con el tenor literal del artículo 6.1 de la Directiva, la introducción de especificaciones de carácter singular de cada una de las referidas circunstancias justificadoras de las desigualdades de trato por razón de edad corresponde de forma exclusiva a los Estados miembros. Y no a cualquier otra fuente no estatal[42]. Esto supone, más aún a la vista de sus profundos efectos adversos sobre el principio de no discriminación por razón de edad, una clara negación de competencia a la autonomía colectiva para introducir diferencias de tratamiento apoyadas en tales circunstancias a falta de una norma estatal habilitante. A esta suerte de reserva legal implícita, susceptible de ser interpretada como garantía de un uso restrictivo de las posibilidades abiertas por el precepto, se añade, la previsión por el artículo 16.b) de la Directiva del deber de los Estados miembros de adoptar las medidas que resulten necesarias para que se declaren nulas o se modifiquen "todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos". La autonomía colectiva tiene vedado, en consecuencia, de acuerdo con el texto de la Directiva, el acceso a las fórmulas de regulación diferenciadora fundadas en la edad, tan cuestionables por otra parte, que la norma comunitaria autoriza a adoptar exclusivamente al legislador.

[39] S. González Ortega, "La discriminación por razón de la edad", cit., págs. 107-108.

[40] Como indica con contundencia P. Gimeno Díaz De Atauri, "La diferenciación y la discriminación por razón de edad y su impacto en la negociación colectiva", cit., pág. 80, lo que se permite en este caso es nada menos que "prohibir el acceso al empleo a quienes no vayan a amortizar la inversión".

[41] Nuevamente, S. González Ortega, op. cit., pág. 108, quien destaca que nos encontramos aquí ante "una exigencia puramente económica, fruto del análisis comparativo entre coste empresarial (en tiempo de adaptación, en formación, en inmediata o cercana sustitución) y rentabilidad del mismo, que requeriría un tiempo mínimo para manifestarse de forma positiva)". Añadiendo que, "tratándose de una exigencia económica", "valorable pero no absoluta y que puede satisfacerse por otros medios", "no puede subordinarse de forma total a la misma el empleo" de los trabajadores, "discriminándolos por razón de edad".

[42] Como destaca con especial énfasis G. Loy, "Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per etá", cit., pág. 527.

Muy distinto ha sido, no obstante, el criterio del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión, que ha optado por declarar, a partir de la Sentencia *Palacios de la Villa*[43], que los interlocutores sociales y no solo los Estados se encuentran habilitados para introducir medidas de ruptura de la paridad de tratamiento por causa de edad. No obstante, inmediatamente después se ha encargado de aclarar que, aun teniendo las distinciones por razón de edad introducidas a través de un convenio colectivo una naturaleza distinta a las adoptadas por los Estados, puesto que buscan establecer, en ejercicio del derecho a la negociación colectiva, un equilibrio de intereses entre quienes los suscriben, como apunta la Sentencia *Rosenbladt*[44], su adopción está sujeta a igualmente al marco regulador establecido por la Directiva, por lo que las partes negociadoras deben actuar a la hora de establecerlas respetando sus previsiones, según puede leerse, entre otras, en la Sentencia *Hennings*[45].

En cualquier caso, llegados a este punto es importante señalar que el carácter amplio, abierto y en buena medida indeterminado, tanto de la cláusula general contenida en el artículo 6.1, como de los tres grupos de excepciones admitidas por este a renglón seguido, deja en manos del Tribunal de Justicia la determinación precisa de sus respectivos alcances. Esta es una tarea que, dado el sentido general de la norma, no puede estar guiada sino por el objetivo limitar en la mayor medida posible las posibilidades de ruptura del derecho fundamental a la no discriminación por razón de edad, mediante una rigurosa aplicación de los requisitos y garantías a los que debe encontrarse sometida cualquier medida que introduzca salvedades a su aplicación. Particularmente importante resulta aquí, como se ha apuntado, una exigencia estricta de los elementos finalista e instrumental requeridos por el precepto, así como el requerimiento de una mayor necesidad de justificación de las desigualdades introducidas, a la vista del carácter directo de las discriminaciones que están en condiciones de producir[46]. Por supuesto, de no optarse por afirmar la oposición de la norma a las previsiones sobre la materia contenidas en el Derecho Originario de la Unión.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, no parece haber asumido esta tarea inspirado, al menos de forma clara, por dicho objetivo. Si bien la edad ha sido, quizá por tratarse de un factor de discriminación tan frecuente como poco atendido, aquél que mayor litigiosidad ha generado de todos los contemplados por

[43] STJUE 10 de octubre de 2007, asunto C-411/05.

[44] STJUE DE12 de octubre de 2010, asunto C-45/09.

[45] STJUE de 8 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10. Es más, el hecho de aparecer recogidas en un convenio ha sido visto por el Tribunal, de manera harto llamativa, en especial en las Sentencias *Palacios de la Villa* y *Rosenbladt*, como un elemento adicional de legitimación de las medidas consideradas, en ambos casos cláusulas de jubilación forzosa, en atención a su presunta capacidad de tener en cuenta no solo la situación global del mercado de trabajo sino las características de los puestos de trabajo de los que se trate.

[46] De acuerdo con la propuesta de M. A. Ballester Pastor, "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis preliminar", cit., pág. 70.

la Directiva, el resultado de su intervención no ha estado representado por una jurisprudencia que se destaque especialmente por el celo puesto, si no en la lucha frontal contra las discriminaciones directas o indirectas introducidas por dicha causa, al menos en la aplicación rigurosa de los requisitos previstos por la Directiva para su materialización en los supuestos previstos por la norma. Al extremo de haber llegado a ser calificada de "minimalista"[47], "condescendiente"[48] o, en todo caso, dispensadora de "un ámbito muy liviano de protección"[49], en especial debido al escaso rigor mostrado a la hora de aplicar los requisitos de orden finalista e instrumental a los que están sometidas las medidas limitativas de la exigencia no discriminación por edad de acuerdo con la Directiva.

Lo cierto es que, además de liviana, dicha jurisprudencia, puede ser calificada también de oscilante y en buena medida contradictoria. Carente, en todo caso, como se ha dicho, de la sistematicidad que sería necesaria para cumplir al menos con la misión de reconstruir con un mínimo rigor los vacilantes confines dentro de los cuales la Directiva dispensa su protección a la edad[50].

Dentro de ella conviven, así, sentencias que llevan a cabo un cuidado análisis, tanto de la legitimidad de los fines perseguidos por el legislador, como del carácter adecuado, necesario y proporcionado de los medios empleados por este, lo cual conduce al Tribunal de Justicia a declarar la no adecuación de la medida sometida a examen a las previsiones de la Directiva, como ocurre señaladamente con la Sentencia *Mangold*[51], con otras en las que se registra la tendencia a considerar la introducción de diferencias de trato basadas en la edad como un aspecto más de la regulación del mercado de trabajo antes que como una excepción a la aplicación de principio de igualdad y los derechos fundamentales de las personas[52], dada la facilitad con la que admiten, no solo el carácter legítimo de los objetivos presuntamente inspiradores de las medidas examinadas, sino su aptitud para favorecer el alcance de estos, en especial en lo que se refiere a la creación o el mantenimiento del empleo, mientras soslayan el análisis de la necesidad y, menos aún, la proporcionalidad, de su puesta en práctica, conforme se aprecia en especial

[47] Por M. P. Monaco, "La discriminación por razón de edad y discapacidad en la Unión Europea. Un análisis desde el derecho italiano", cit., pág. 117.

[48] En opinión de J. Cabeza Pereiro, "La discriminación por edad: realidades y desafíos. Una aproximación", cit., pág. 12.

[49] Así, M. A. Ballester Pastor, "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", cit., pág. 106.

[50] Conforme afirma R. Morato García, "Cese forzoso por edad y negociación colectiva: ¿un supuesto de discriminación?", cit., pág. 11.

[51] STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04.

[52] En palabras, nuevamente, de M. P. Monaco, loc. cit., que atribuye esta cualidad al conjunto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia.

 Recepción original: 01.04.2024. Aceptación: 09.05.2024

en las muy conocidas Sentencias *Herrera*[53], *Palacios de la Villa* y *Rosenbladt*, así como en la más reciente Sentencia *Abercrombie*, particularmente expresiva de esta limitación[54]. La mayor parte de pronunciamientos de la máxima instancia judicial comunitaria, sin embargo, se mueve en un punto intermedio, optando con frecuencia por declarar la falta de conformidad con la Directiva de las actuaciones sometidas a examen, bien por no considerarlas idóneas o adecuadas para alcanzar el resultado que animaría su introducción o carecer de vinculación con él, según se aprecia singularmente en las Sentencias *Hutter* y *K*ücükdeveci[55], o bien por estimar que excedían de lo necesario para lograrlo, en particular en atención a la posibilidad de recurrir con el mismo fin a otros medios menos restrictivos o no relacionados directamente con la edad, como acontece, entre otras, con las Sentencias *Hennings*, *Prigge*, *Vital Pérez*, *Specht* o *Unland*[56].

Es claro que una jurisprudencia de estas características no solo no parece capaz de poner un límite claro a las inclinaciones favorables a la devaluación del valor de la edad como factor de discriminación subyacentes a la Directiva, sino que es capaz de reforzarlas. Y no solo por su carácter contradictorio y la notoria laxitud de las decisiones que se sitúan en el extremo menos garantista de la escala, que parecen basarse en una suerte de fundamentación apriorística o incluso "tautológica"[57] de la validez de las medidas consideradas, en particular cuando se trata de restricciones de derechos para hacer más atractiva la contratación de los afectados o promover el empleo de otros colectivos. Es que incluso si prestamos atención a las sentencias que se sitúan en el punto intermedio de esa escala, el resultado no termina de resultar satisfactorio, puesto que la sola consideración que se hace de la adecuación y necesidad de las medidas consideradas, sin entrar nunca a valorar el carácter proporcionado o no de su introducción, es capaz de dar a entender que cualquier actuación susceptible de ser adscrita a objetivos de política de empleo podrá terminar por ser considerada legítima siempre que se muestre, de cualquier forma, apta para promover su consecución y no exista otra actuación menos agresiva capaz de hacerlo. Sin que importe su mayor o menor capacidad efectiva de favorecer la consecución de esos objetivos, ni la entidad del sacrificio

[53] SSTJUE de 28 de octubre de 2004, asuntos acumulados T-219/02 y T-337/02.

[54] STJUE de 19 de julio de 2017, asunto C-143/16. Sobre esta sentencia véase M. Rodríguez-Piñero, "Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes", cit., especialmente págs. 1040-1042.

[55] SSTJUE de 18 de junio de 2009, asunto C-88/08; y 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, respectivamente.

[56] SSTJUE de 8 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10; 13 de septiembre de 2011, asunto C-447/09; 13 de noviembre de 2014, asunto C-416/13; 19 de junio de 2014, asunto acumulados C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12; y 9 de septiembre de 2015, asunto C-20/13, respectivamente.

[57] Como la califica J. Cabeza Pereiro, "Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad", en M. A. Ballester Pastor (Coordinadora), *La transposición del principio antidiscriminatorio al ordenamiento laboral españ*ol, Valencia, Tirant lo blanch, 2010, pág. 245.

que a través de ella se impone a la prohibición de discriminación por razón de edad. Así, solamente las medidas que no contribuyan de ninguna forma a la realización de la finalidad que pueda animar su introducción o que resulten manifiestamente innecesarias alcanzarlas podrán ser consideradas discriminatorias. La laxitud del criterio es evidente[58]. Y no hace sino confirmar la débil protección que, al menos dentro del Derecho Derivado de la Unión Europa, posee la protección de la edad como factor potencial de tratamientos discriminatorios en el ámbito de las relaciones de trabajo.

3. LA DERIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE LA EDAD: UN CAMINO HACIA LA LAXITUD VALORATIVA

A diferencia de lo que ocurre con el Derecho de la Unión Europea, no existe dentro del ordenamiento español una norma expresa que prohíba al máximo nivel normativo la introducción de discriminaciones por razón de edad. De la misma manera que tampoco contamos con un instrumento de rango inferior que desarrolle con detalle los alcances de un mandato de esas características. Si bien el artículo 14 de la Constitución introduce una doble previsión, de acuerdo con la cual "los españoles son iguales frente a la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna", la referencia que este hace a continuación a las causas por razón de las cuales esta última se encuentra vedada no incluye directamente la edad, al hacer referencia exclusivamente al nacimiento, la raza, el sexo, la religión, o la opinión, bien que introduciendo inmediatamente después una cláusula de apertura, de acuerdo con la cual esa prohibición se extiende a las discriminaciones adoptadas por "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Igualmente, en el texto del Estatuto de los Trabajadores, incluso en su versión actual, no encontramos más que una declaración de alcance general en virtud de la cual "se entenderán nulos y sin efecto" los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que "den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad", no acompañada de ninguna precisión al respecto.

En tales condiciones, era de esperar que el Derecho Antidiscriminatorio de la Unión Europea, y en particular el tratamiento dado por este a la edad como causa de discriminación, ejerciera una gran influencia sobre nuestras instituciones y operadores jurídicos. No ha sido así, sin embargo. Muy por el contrario, la apertura

[58] El Tribunal de Justicia se ha mostrado riguroso, en cambio, a partir de la Sentencia *Age Concern England* (STJUE de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07), en cuanto a la exigencia de que los objetivos susceptibles de ser considerados legítimos de acuerdo con el artículo 6.1 de la Directiva son siempre "objetivos de política social", que "por su interés general", se distinguen "de los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad".

mostrada por la Directiva 2000/78/CE hacia la introducción de diferencias de trato basadas en la edad, puesta de relieve singularmente a través de su artículo 6.1, del que no hay equivalente en nuestro medio, y el carácter escasamente delimitador de la jurisprudencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Unión en aplicación de este, que terminaría por legitimar a través de una decisión necesitada de un más consistente soporte argumental la principal medida de tales características introducida en España[59], han determinado que sean muy escasas las sentencias de tribunales españoles que acudan ella para fundamentar sus decisiones[60]. Y que las cuestiones prejudiciales planteadas por estos en relación con esta cuestión no sean abundantes.

Frente a ello, la dinámica aplicativa del principio de no discriminación por razón de edad ha venido marcada de entre nosotros por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La evolución de esta jurisprudencia, no obstante, a pesar de su carácter autónomo, reproduce en gran medida los dilemas a los que se ha visto sujeto el tratamiento de esta causa de discriminación en sede comunitaria, siendo sus resultados igualmente, no solo contradictorios, sino manifiestamente insuficientes, como se podrá apreciar a continuación.

La cuestión de la validez de la introducción de diferencias de trato basadas en la edad, de carácter desfavorable además, se plantearía tempranamente en España con ocasión de la promulgación en 1980 del Estatuto de los Trabajadores, cuya disposición adicional 5ª, además de situar el límite máximo de edad para el trabajo en los sesenta y nueve años, introdujo la posibilidad de que en la negociación colectiva puedan "pactarse edades de jubilación".

A pesar de ello, cuando el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de examinar la constitucionalidad de esta previsión normativa a través de su Sentencia 22/1981, de 2 de julio, optó por centrar su atención, no en la posible existencia de una discriminación por razón de edad contraria al artículo 14 de la Constitución, lo cual hubiera exigido una previa declaración de la inclusión de esta circunstancia dentro del ámbito de este, sino en la eventual vulneración del derecho al trabajo consagrado por su artículo 35.1, llegando a establecer que la misma podía ser considerada contraria a este último de ser interpretada como una disposición que establece una incapacitación directa e incondicionada para trabajar a esa edad. Mientras que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que se garantizase con ella una oportunidad de trabajo a la población en paro. Una consideración que le serviría unos años después para

[59] Me refiero a la ya citada Sentencia *Palacios de la Villa* y a las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en convenio colectivo.

[60] Como observa Y. Maneiro Vázquez, "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la luca contra la discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, núm. 191, pág. 2 de la versión digital del texto.

declarar, en su Sentencia 58/1985, de 30 de abril, la constitucionalidad de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en convenio colectivo.[61]

Con todo, la inclusión de la edad en el ámbito del artículo 14 de la Constitución, al amparo de la cláusula abierta con la que se cierra su formulación, no tardaría en llegar. Esta vendría de la mano de la STC 75/1983, de 3 de agosto, en la cual, con ocasión del examen de un problema vinculado con el acceso a funciones públicas, el supremo intérprete de la Constitución declaró que, aunque "la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente" en dicho artículo, "no ha de verse aquí un interpretación tipificadora cerrada que excluya cualquier otra", ya que "en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad".

Este criterio sería aplicado casi de forma inmediata al terreno de las relaciones de trabajo a través de la STC 31/1984, de 7 de marzo, que enjuició la constitucionalidad de la previsión reglamentaria de un salario mínimo interprofesional de cuantía inferior para los trabajadores menores de edad. Luego de indicar que el principio de igualdad de remuneraciones "es extensible al caso de la edad", el Tribunal aplicará un canon estricto de enjuiciamiento de la legitimidad de las diferencias salariales basadas en la edad, que lo conducirá a negar que "argumentaciones" tales como "la de que es presumible un rendimiento más bajo del trabajador menor, o que una situación de menos necesidades justifica un menor salario, o que un nivel salarial más bajo facilita el empleo", puedan ser consideradas "razones para hacer quebrar la regla de que a trabajo igual, igual salario".

En consecuencia, una aplicación del sistema de salario mínimo interprofesional con reducciones para los trabajadores menores de edad prescindiendo del indicado principio estaría en contradicción con el mandato constitucional. Pese a lo cual, el máximo intérprete de la Constitución optará finalmente por declarar la conformidad con la Constitución de la regulación controvertida, "en la inteligencia de que las reducciones salariales no se aplican" cuando los jóvenes "realizan un trabajo que comporta una experiencia y un esfuerzo y, en definitiva, un trabajo de igual valor". Más allá lo llamativo de esta "salomónica" solución, es de destacar el contraste del punto de partida sustentado por esta sentencia respecto de aquel en el que se basan algunas de las más controvertidas decisiones de la jurisprudencia comunitaria, en las que la reducción de las condiciones laborales con el objetivo de promover una mejora del empleo de los trabajadores perjudicados justifica plenamente una decisión en este sentido[62].

[61] Véase M. Rodríguez-Piñero, "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", cit., págs. 10-11.

[62] En particular con la reciente Sentencia *Abercrombie* en sus apartados 40 y 41, donde se afirma, de un lado, que la disposición examinada es adecuada en la medida en que "por la existencia de un instrumento menos coercitivo y menos costoso que el contrato ordinario, las empresas

Es importante destacar que el rigor con el que el Tribunal Constitucional enjuicia en esta sentencia las diferencias salariales fundadas exclusivamente en la edad, así como la especial exigencia a la que este somete a los posibles argumentos justificadores de la introducción de las mismas, guardan relación con el carácter particularmente odioso e intolerable, en tanto que contrario a la dignidad humana, que posee dentro del sistema de valores consagrado por el texto constitucional el recurso a determinadas circunstancias generadoras de desigualdades entre las personas[63]. Este es un criterio que ha informado de manera constante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que lo llevará a señalar algún tiempo después, en la STC 62/2008, de 26 de mayo, que "lo que caracteriza a la prohibición de discriminación" es "la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación" un "rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes"[64].

Precisamente, este carácter constitucionalmente intolerable en tanto que contrario a la dignidad humana de las prácticas discriminatorias conducirá al Tribunal Constitucional en los años sucesivos a establecer una clara distinción entre "el genérico principio de igualdad", recogido en la primera parte del artículo 14 de la norma fundamental, "que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato"; y "las prohibiciones de discriminación" mencionadas a continuación por el precepto, que "implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex costitutione*" e "imponen como fin y generalmente como medio la parificación", por lo que "solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica", encontrándose la valoración de su legitimidad constitucional sujeta, en virtud de ello, "un canon mucho más estricto" que el aplicable en el primero de los casos, como se lee en la STC 22/2024, de 12 de febrero, que recoge una síntesis de su doctrina sobre la materia[65].

pueden verse impulsadas a responder con más frecuencia a solicitudes de empleo procedentes de jóvenes trabajadores". Y, del otro, que la misma resulta necesaria en tanto que "en un contexto de crisis" disponer de un contrato de trabajo flexible y temporal resulta para los menores de 25 años "preferible a la situación del que no dispone de tal posibilidad".

[63] Vid. J. Mercader Uguina, "El marco teórico del principio de igualdad", en L. E. De La Villa Gil y L. López Cumbre, *Los principios del Derecho del Trab*ajo, CEF, Madrid, 2003, págs. 294-295.

[64] Destaca especialmente la importancia de este pasaje de la sentencia referida en el texto principal, A. Álvarez Del Cuvillo, *El concepto de discriminación grupal y su eficacia en el ámbito de las relaciones laborales*, cit., págs. 303-304.

[65] Que fuera expuesta de manera completa por vez primera en la STC 126/1997, de 3 de julio, para luego ser reiterada en numerosos pronunciamientos posteriores.

Lo anterior supone que, a juicio del Tribunal Constitucional, dentro del artículo 14 se cobijan dos mandatos distintos, aunque relacionados entre sí: uno general de *igualdad ante la ley* recogido en su parte inicial, que conlleva el reconocimiento del derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos siempre que los supuestos de hecho sean idénticos y no existan razones objetivas que capaces de justificar la diferencia; y otro específico de *no discriminación*, que prohíbe todo trato diferenciado por las causas recogidas en dicho precepto, que solo puede verse exceptuado en supuestos por completo excepcionales[66]. Asimismo, de lo resuelto por su jurisprudencia se desprende que estos dos mandatos se encuentran sujetos, de manera correlativa, a dos parámetros o cánones de enjuiciamiento de distinta intensidad: el que puede denominarse *juicio ordinario de igualdad*, aplicable a las diferencias normativas de cualquier clase; y aquel al que conviene asignar la calificación de *juicio estricto de igualdad*, que recae de manera singularizada sobre los tratamientos diferenciados basados en alguno de los motivos de discriminación prohibidos por la Constitución[67].

Dicho lo anterior, la pregunta que emerge inmediatamente, y que resulta decisiva para afrontar la cuestión general que nos ocupa, no es otra que lo siguiente: ¿cuál es la diferencia entre ambos cánones o parámetros de enjuiciamiento de las disparidades de tratamiento?

El Tribunal Constitucional ha llevado a cabo a lo largo de los años una cuidadosa reconstrucción del canon ordinario de enjuiciamiento asociado a la cláusula general de igualdad prevista por la primera parte del artículo 14. Una buena síntesis de su doctrina se encuentra en la STC 40/2022, de 21 de marzo, en la cual se indica que la misma "exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas", de manera que, "para introducir diferencias entre ellos, debe existir una suficiente justificación que aparezca al mismo tiempo fundada y razonable" y "cuyas consecuencias no resulten, en todo caso desproporcionadas". Los principios de razonabilidad de la diferencia de trato y de proporcionalidad de sus efectos, constituyen, así pues, los ejes a partir de los cuales habrá de valorarse la adecuación a la norma fundamental de toda decisión de impacto desigualatorio puesta en marcha por los Poderes Públicos. Encontrándose vedada, en consecuencia, "la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable" o que provoquen consecuencias desproporcionadas[68].

[66] De acuerdo con la síntesis desarrollada por A. Álvarez Del Cuvillo, op. cit., págs. 303-304, recogiendo una distinción comúnmente admitida a nivel doctrinal.

[67] Se sigue en este caso la clasificación propuesta por D. Jiménez Glück, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Ed. Bosh, Barcelona, 2004, pág. 121.

[68] Para una temprana y a la vez muy certera aproximación al juicio de igualdad dentro de la jurisprudencia constitucional, véase, M. Rodríguez-Piñero y M. F. Fernández López, *Igualdad y discriminación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 51-63.

Frente a lo que se acaba de indicar, la determinación de los alcances del juicio estricto de igualdad aplicable a las situaciones de presunta discriminación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional resulta bastante menos precisa y concluyente. El punto de partida conceptual viene dado en este caso por la presencia de pronunciamientos, con el contenido en la STC 119/2021, de 31 de mayo, en los que el mismo parte de destacar que "la conducta discriminatoria se cualifica por su resultado peyorativo" y su "carácter atentatorio a la dignidad del ser humano", para señalar a continuación que "se habrá producido lesión directa del artículo 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral", sin que pueda atribuirse "valor legitimador" en estos casos a "la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio". Estas son afirmaciones a partir de las cuales es posible entender que las diferencias de trato basadas en un factor prohibido, dado su carácter intolerable, deben ser consideradas ilícitas *per se*, sin que sean admisibles en relación con ellas justificaciones susceptibles de ser consideradas válidas en otros espacios. Entre ellas las basadas en la sola demostración de la razonabilidad y la proporcionalidad de las mismas, como ocurre en el caso de la cláusula general de igualdad, según acabamos de ver.

Tan terminante conclusión se ve desdibujada, empero, por lo indicado en otras muchas decisiones, como la STC 3/2018, de 21 de enero, en las cuales el supremo intérprete de la Constitución, ante la notoria dificultad de encontrar un criterio en función del cual distinguir las situaciones excepcionales en las que una diferencia de tratamiento asociada a un factor prohibido puede ser considerada justificada de aquellas que constituyen discriminación, opta por recurrir nuevamente a la proporcionalidad, mediante la realización de lo que bien puede ser considerado como una llamativa "finta interpretativa". De acuerdo con esta, lo que caracteriza al canon "mucho más estricto" a aplicar cuando está en juego un factor de discriminación prohibido es la imposición de "un mayor rigor respecto de las exigencias materiales de proporcionalidad"[69].

Como es evidente, esto significa que no existe una diferencia cualitativa entre el canon a aplicar en este caso respecto del que se postula para el principio general de igualdad, sino diferencias meramente cuantitativas, seguramente basadas en el reclamo de una mayor severidad en el enjuiciamiento de la justificación de la diferencia de trato y la valoración de su impacto[70]. Pero sin que esto sea seguro, puesto que estos son extremos que el Tribunal Constitucional no aclara ni desarrolla en ninguna de las decisiones en las que alude a este canon reforzado de control, que

[69] En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras anteriores y posteriores, las SSTC 126/1997, de 3 de julio, 200/2001, de 4 de octubre, 233/2007, de 5 de noviembre, 66/2015, de 13 de abril, 31/2018, de 10 de abril, 91/2019, de 3 de julio, o 140/2024, de 6 de noviembre.

[70] Véase, en esta dirección, D. Jiménez Glück, op. cit., págs. 167 y sigs.

se conforman con hacer referencia a él, sin explicar con un mínimo de claridad y precisión en qué radica ese mayor rigor ni cómo debe ser aplicado[71].

No hay que ser muy perspicaz para advertir que, más allá de las palabras, lo anterior supone, en última instancia, trasladar el esquema de justificación basado en la ponderación utilizado en sede comunitaria para las discriminaciones indirectas y las diferencias de trato entre trabajadores por razones vinculadas a la política de empleo al espacio general de valoración las discriminaciones directas e indirectas por todas y cada una de las causas de discriminación constitucionalmente prohibidas, solo que rodeándolo de un barniz de severidad cuyo contenido y alcances no se concretan. El riesgo de disolución del principio de no discriminación en el general de igualdad, de la mano de una aplicación no coherente con esa indeterminada exigencia de mayor dureza, es aquí evidente[72]. Lo mismo que la posibilidad de que, sobre la base de un análisis de ese tipo, las personas poseedoras de las características protegidas, sean estas mujeres, minusválidos, mayores o integrantes de otros colectivos víctimas de fenómenos de segregación social, puedan ser instrumentalizadas en aras de la consecución de otras finalidades que puedan ser consideradas legítimas desde el punto de vista constitucional, siempre que el impacto de las medidas perjudiciales establecidas en contra de ellas no esté en condiciones de ser considerado desproporcionado, con una evidente afectación de la dignidad que les es inherente[73].

La mejor prueba del carácter fundado de estos riesgos está representada, precisamente, por el tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la edad como factor de discriminación en la etapa posterior a la expedición de la STC 31/1984, de 7 de marzo, aludida en la primera parte de este apartado. En este caso, aunque la aplicación del juicio estricto de igualdad a las diferencias de trato fundadas en la edad fue puesta inicialmente en cuestión sobre la base de aducir la falta de claridad de la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión, llegándose a

[71] Como destaca A. Álvarez Del Cuvillo, "El concepto de discriminación grupal y su reconstrucción y refutación en el proceso judicial", en E. Garrido Pérez y J. E. López Ahumada, *Igualdad, no discriminación y derechos de las personas trabajadoras ante las transformaciones del derecho del trabajo*, Ed. Cinca, Madrid, 2025, el Tribunal Constitucional no termina de expresar en qué consiste este mayor rigor, no resultando el estudio de casos en los que se apreció el carácter justificado de una diferencia de trato ni mucho menos concluyente.

[72] Esta es una posibilidad que sería percibida tempranamente como un peligro por los autores recién citados, op. cit., pág. 66, a partir de la propia redacción del artículo 14, en la medida en que "la integración en un único párrafo de ambos temas" traía consigo "el riesgo de una lectura unitaria" a partir de la cual "se diera prioridad", bien a las "cláusulas específicas" de no discriminación en detrimento de la "cláusula general" de igualdad o, "al contrario, se vaciasen las primeras para reforzar el juego del principio general quitando contenido propio a las prohibiciones específicas". Cosa que ha terminado sucediendo.

[73] Nuevamente A. Álvarez Del Cuvillo, esta vez en *El concepto de discriminación grupal y su eficacia en el ámbito de las relaciones laborales*, cit., especialmente págs. 129 y 304-305.

sustentar la aplicación a estas de una suerte de "canon intermedio" de control[74], el propio Tribunal Constitucional se encargará de declarar, entre otras en su Sentencia 63/2011, de 16 de mayo, que la consideración de la edad como "una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra" el texto del artículo 14 de la Constitución tiene "la consecuencia de someter su utilización por el legislador como factor diferencial al canon de constitucionalidad más estricto", con todas las consecuencias que de esta afirmación se derivan[75]. A pesar de ello, los pronunciamientos en los que el mismo ha tenido que hacer frente a presuntas situaciones de discriminación entre trabajadores motivadas por la edad en los últimos años, todos vinculados con decisiones procedentes de la autonomía colectiva perjudiciales para trabajadores de edad madura, revelan una relajación antes que un endurecimiento del nivel de justificación exigido. Trasluciendo, en el fondo, una visión devaluada de la edad como factor de discriminación que no se aleja mucho de la sostenida por la jurisprudencia europea. Pudiendo ser considerada, al menos en algún caso, incluso menos garantista.

El anterior es el caso, en primer lugar, de las SSTC 280 y 341/2006, de 9 de octubre y 11 de diciembre, referidas a sendas cláusulas convencionales de jubilación forzosa, en el primer caso anticipada en diez años, cuyo carácter no discriminatorio fue declarado por el máximo intérprete de la Constitución, además de por su vinculación en ambos casos con objetivos relacionados con la política de empleo, a partir de la existencia de un compromiso de mantenimiento de los puestos de trabajo existentes y la contratación de otro trabajador en el ocupado por el afectado y de la previsión de la transformación de un número de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido, respectivamente. A estos dos pronunciamientos se suma la STC 66/2015, de 13 de abril, a través de la cual se determinó la conformidad con el artículo 14 de la Constitución de la extinción, acordada en el marco del período de consultas de un despido colectivo, de los contratos de trabajo de los trabajadores mayores de 55 años, en atención al menor perjuicio padecido por estos debido a la existencia de mecanismos legales y convencionales, como la obligada suscripción

[74] La tesis fue desarrollada en su día por D. Jiménez Glück, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, cit., págs. 236-238, por entender que no existía una tendencia clara de la jurisprudencia constitucional respecto de la aplicación del juicio estricto a las diferencias por razón de edad. En la doctrina laboralista adhirieron luego a ella J. Mercader Uguina y M. Nogueira Guastavino, "El fin de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2004, núm. 12, págs. 5-6 del texto en formato digital; y P. Charro Baena y C. San Martín Mazzuconi, "Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, núm. 3, pág. 118. Véase también J. Mercader Uguina, "Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad", cit., pág. 28. En contra, R. Morato García, "Cese forzoso por edad y negociación colectiva: ¿un supuesto de discriminación?", cit., págs. 25-26.

[75] Sustentando este criterio, pueden verse también, entre otras, las SSTC 161/2011, de 19 de octubre; 66/2015, de 13 de abril; y 3/2018, de 22 de enero, todas referidas a actuaciones perjudiciales a colectivos de edad madura.

de un convenio especial con la Seguridad Social o la aplicación del subsidio de desempleo, a los que se suma una mejora voluntaria de la prestación, que aminoran aunque no eliminan el perjuicio ocasionado a los mismos. Sin que en este caso se haga alusión alguna a la vinculación de esta actuación a objetivo alguno de política de empleo.

Estas son decisiones susceptibles de importantes críticas, incluso desde la propia lógica basada en la ponderación postulada por el Tribunal Constitucional. En el caso de las dos primeras, antes que nada, porque parten de asociar de forma mecánica y automática la jubilación forzosa de los trabajadores mayores a objetivos legítimos de política de empleo, como si esta medida fuese siempre favorecedora de su creación o mantenimiento[76]. La crítica puede ser incluso más áspera, con todo, respecto de la tercera, en la medida en la que esta, como se ha indicado, prescinde sin más de cualquier referencia a los objetivos perseguidos por la medida examinada, centrándose exclusivamente en determinar si "el menor perjuicio que el despido supone para los trabajadores de más edad", dada la "mayor protección social" que se les ofrece, está en condiciones de "convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo". El superior rigor en la valoración de los objetivos perseguidos por la medida no se aprecia aquí de modo alguno. Por el contrario, estos objetivos son exigidos de manera llamativamente ligera, cuando no obviados sin más.

A esto hay que sumar el hecho de que, en este caso las tres sentencias, tampoco valoran de manera concreta los perjuicios que las medidas impuestas ocasionan, a pesar de todo, a los trabajadores de mayor de edad afectados, que se ven excluidos en la mayor parte de los casos de forma prematura y presumiblemente irreversible del mercado de trabajo, ni ponen en relación estos perjuicios con los beneficios que reportaría su puesta en práctica[77]. Ni examinan, en fin, la posibilidad de recurrir a otras medidas menos gravosas susceptibles de conseguir un resultado similar. Unas exigencias, todas estas, ineludibles cuando de esta clase de actuaciones se trata, de acuerdo con el criterio postulado por el propio Tribunal Constitucional. El grado superior de exigencia en cuanto al carácter proporcionado de las consecuencias

[76] Esta es una disfunción, puesta de relieve por R. Morato García, op. cit., pág. 12, en relación con la Sentencia *Palacios de la Villa*, que resulta trasladable a ambas sentencias, que no se toman la molestia de ofrecer argumento alguno de realidad que sirva de sustento para lo que afirman, pese a que constituye la base sobre la que se apoya todo su razonamiento y el bien afectado es uno de la mayor relevancia constitucional.

[77] Op. cit., pág. 28, en relación con la jurisprudencia comunitaria, de la que la autora hace un balance semejante. No debe perderse de vista aquí que, como destaca críticamente J. Cabeza Pereiro, "La discriminación por edad: realidades y desafíos. Una aproximación", cit., pág. 8, en el caso de los trabajadores mayores, el retiro obligatorio, cuando es no deseado, "ocasiona un quebranto trascendental en su vida profesional y un fuerte impedimento de la capacidad de decidir". Además de dar lugar a "un descenso del pluralismo y la diversidad de los centros de trabajo, contradictorio con sociedades democráticas e integradoras de las diferencias".

de las actuaciones examinadas se transforma, de este modo, en una suerte de incondicionado aval para su adopción[78], siempre que sea posible demostrar la presencia de alguna medida que pueda servirles de contrapeso.

El carácter diferencial del canon estricto de igualdad termina, de este modo, por diluirse o resultar indistinguible de los parámetros que presiden el juicio ordinario de igualdad[79]. De manera que la voluntad clara y terminante del legislador constituyente de que en ningún caso "pueda prevalecer discriminación alguna" por una serie de causas identificadas en función de su carácter odioso e intolerable en tanto que contrario de la dignidad humana, se ve transformada, de la mano de esta discutible y peligrosa operación hermenéutica, en un simple mandato de trato razonable o no arbitrario, como si esta segunda parte del artículo 14 no formase parte de este.

Las sentencias mencionadas no dejan margen alguno de duda sobre el particular: la edad puede ser una causa válida para establecer diferencias de trato, siempre que estas no puedan ser consideradas no razonables o arbitrarias y sus consecuencias sean minimizadas, de forma que no resulten excesivas o desproporcionadas. Con el agravante de que esto mismo puede ser decidido, por ejemplo, en relación con las trabajadoras del sexo femenino, los trabajadores discapacitados o los integrantes de cualquier otro colectivo constitucionalmente protegido, al tratarse de una doctrina jurisprudencial de alcance general, no circunscrita a la edad, como sucede en el caso de las normas comunitarias.

Lo que de este modo se consigue es ofrecer un incondicionado aval para la adopción de medidas desfavorables para determinados grupos de trabajadores en función exclusivamente de su edad, todas las cuales podrán ser consideradas legítimas a la luz de consideraciones como las que se apuntan en las referidas sentencias. Un resultado que, deseado o no, no hace sino redundar –e incluso profundizar– en el camino de degradación del valor de la edad como factor de discriminación iniciado en sede comunitaria, así como en la segregación social y laboral de los trabajadores de edad madura. Todo lo contrario de lo que se quería y sería deseable garantizar.

[78] Como observa, en relación con lo resuelto por la STC 66/2015, J. Vivero Serrano, "Despido colectivo y selección de trabajadores de edad avanzada", *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 7-8, pág. 92.

[79] O corre el riesgo de confundirse con él, en palabras de A. Álvarez Del Cuvillo, esta vez en *El concepto de discriminación grupal y su eficacia en el ámbito de las relaciones laborales*, cit., pág. 305.

4. LA RECUPERACIÓN DEL VALOR DE LA EDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN: DE MANDATO DE OPTIMIZACIÓN A REGLA TENDENCIALMENTE ABSOLUTA

Lo apuntado en las páginas precedentes permite apreciar cómo, incluso a partir de una retórica garantista, ha terminado por cobrar cuerpo dentro de la jurisprudencia constitucional una idea de la discriminación como mero trato arbitrario o injustificado que desnaturaliza desde su raíz el mandato constitucional. Lo más grave de todo es, no obstante, que esta idea aligeradora de la importancia y el significado de la prohibición de discriminación en general, y en particular del valor de la edad como fundamento de ella, ha terminado por extenderse a otros espacios.

Este es el caso, como era de esperar, de la jurisdicción ordinaria, donde empiezan a pronunciarse sentencias que llegan a una conclusión semejante ante supuestos incluso más discutibles que los contemplados originalmente por el Tribunal Constitucional. Este es el caso, en particular, de la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2023, de 24 de enero[80], a través de la cual se consideró no discriminatoria la asignación de un distinto importe a la indemnización a abonar en el marco de un despido colectivo en función de la edad, inferior o superior a los sesenta años, de los trabajadores afectados, en el entendimiento de que la cuantía más baja que correspondía a los de mayor edad se encontraba justificaba por su proximidad a la jubilación, la percepción de prestaciones por desempleo y la posibilidad de concertar un convenio especial con la Seguridad Social, todo lo cual hacía que se tratase de una medida "razonable y proporcionada". Sin que para esto obste el hecho de que detrás de esta medida desigualatoria fundada exclusivamente en la edad no sea posible detectar objetivo alguno de política de empleo. De hecho, esta es una cuestión que ni siquiera llega a plantearse el supremo tribunal.

Más grave aún resulta, de todas formas, el hecho de que la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, haya terminado por elevar a categoría este planteamiento, al señalar en su artículo 4.2 que "no se considera discriminación la diferencia de trato" basada en alguna de las causas previstas por su artículo 1.2, entre las cuales se encuentra la edad, cuando esta se derive "de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse por una finalidad legítima" y constituya un "medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla[81]. La disolución de la prohibición de discriminación en el principio de igualdad recibe, de tal modo, nada menos que carta de naturaleza legal, con

[80] RJ\2023\1020.

[81] Esta previsión viene precedida por lo indicado por el artículo 2.2 de la propia ley, a través del cual parece que se busca establecer una excepción aplicable tanto al principio de igualdad ante la ley como a la prohibición de discriminación, mediante la indicación de que "podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por una norma con rango de ley".

imprevisibles consecuencias de cara al futuro para tutela de las personas protegidas por la misma, en especial cuando estas no pertenezcan a colectivos con capacidad de ejercer presión en defensa de sus derechos[82]. De allí que se haya sostenido que una interpretación de esta norma acorde con el artículo 14 de la Constitución exija depurar, entre otros, este precepto, que lejos de fortalecer las garantías frente a las conductas discriminatorias las debilita[83].

¿Cómo poner freno a esta preocupante deriva, cada vez más acusada, así como al proceso de segregación social y laboral de los trabajadores mayores que la misma no solo consiente, sino que hasta puede decirse que propicia, recuperando el auténtico valor de la edad como causa de discriminación constitucionalmente prohibida?

La clave para ello se encuentra, como se ha sostenido con firmeza, en el establecimiento de una distinción clara y terminante entre dicha prohibición y el principio general de igualdad, mediante la puesta en cuestión de la primera como un simple *mandato de optimización*[84]*,* susceptible de ser puesto entre paréntesis o sacrificado cada vez que sea posible establecer que existen otros objetivos que pueden hacerlo aconsejable y sus consecuencias no sean manifiestamente desproporcionadas. Algo que, en el fondo, supone admitir, en contra de toda lógica y la más elemental idea de justicia, que un cierto nivel de sometimiento de las personas por razón de sus características inherentes o adquiridas –vale decir, un cierto nivel de discriminación– puede resultar admisible, siempre que con ello pueden obtenerse beneficios en otros espacios de la vida social[85].

Por más que podamos estar hasta cierto punto acostumbrados, a partir de la presencia de pronunciamientos como los que han sido reseñados, a contemplar con una cierta normalidad las situaciones de este tipo, lo cierto es que estas conductas, que aceptan y normalizan tratamientos desfavorables en perjuicio de personas integradas en uno de los colectivos protegidos por la Constitución en aras de la consecución de otras finalidades, conllevan una evidente instrumentalización de las mismas, que afecta de lleno a su dignidad[86], al causarles un perjuicio basado en

[82] Para una valoración crítica de esta ley, véase A. Álvarez Del Cuvillo, "Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución", *Temas Laborales*, págs. 87 y sigs.

[83] Así, E. Desdentado Daroca, "Reflexiones críticas a propósito de la STC 89/2024, de 5 de junio. La necesaria delimitación entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación", *Briefs AEDTSS*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024, núm. 64, pág. 3.

[84] O una "norma de maximización", en palabras de A. Álvarez Del Cuvillo, *El concepto de discriminación grupal y su eficacia en el ámbito de las relaciones laborales*, cit., pág. 287. Esta obra constituye una referencia ineludible para el replanteamiento de la cuestión entre nosotros. Como tal, se encuentra en la base la propuesta que se desarrolla a continuación.

[85] Op. cit., especialmente pág. 129.

[86] Loc. cit.

una característica que las hace vulnerables, y que la norma fundamental protege especialmente, profundizando en su situación de marginación e indefensión en contra de la expresa voluntad de esta.

La profunda gravedad de esta clase de actuaciones no puede ser minusvalorada a la luz de consideraciones de orden cuantitativo o instrumental, dado el valor fundamental al que afectan, representado nada menos que por la dignidad de las personas reconocida por el artículo 10.1 de la misma como fundamento del orden político y de la paz social. Esta es una previsión que se sitúa en la base del mandato antidiscriminatorio del artículo 14, cuyo fundamento no radica, como se ha dicho, en el principio general que prohíbe las desigualdades de trato arbitrarias, sino "en una valoración internacionalmente aceptada de la dignidad humana y, en consecuencia, de la igualdad entre todos los seres humanos"[87]. De allí que pueda afirmarse que en la discriminación existe una negación al individuo en su condición plena de persona humana[88]. O que "toda discriminación tiene un carácter humillante incompatible con la dignidad humana"[89]. Sin que esta conclusión pueda verse matizada por la pretendida búsqueda de otras finalidades, incluso legítimas, ya que "en la esencia de la dignidad humana se encuentra la proscripción –de inspiración kantiana– del tratamiento de la persona como mero objeto o medio instrumental"[90].

Esta es una constatación de importancia capital para el tratamiento del problema que nos ocupa, toda vez que el hecho de que la dignidad constituya un "valor espiritual y moral inherente a la persona" y represente, a la vez, "el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos", como se lee en STC 53/1985, de 11 de abril, determina que esta deba permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre. La dignidad humana representa, desde esta perspectiva, el *mínimun invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de forma que "sean unas u otras las limitaciones que se impongan al disfrute de los derechos fundamentales", estas no podrán conllevar "menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona"[91].

Lo indicado hasta aquí conduce a sostener, sin necesidad de forzamiento alguno, que las discriminaciones por edad en general, lo mismo que por cualquier otra causa, deben ser consideradas irracionales *per se*, es decir al margen de la

[87] M. Rodríguez-Piñero y M. F. Fernández López, *Igualdad y discriminación*, cit., pág. 110.

[88] Op. cit., págs. 82-83.

[89] N. Valticos, *Derecho Internacional del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 272.

[90] Como afirma J. L. Monereo Pérez, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Ed. Laborum, Murcia, 2019, págs. 237-238.

[91] F. Fernández Segado, "La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos", *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, 2003, págs. 216-217.

valoración que pueda merecer la conducta desde cualquier otra perspectiva, en la medida en que quebrantan ese *mínimum* invulnerable representado dentro de nuestro ordenamiento constitucional por la dignidad de las personas. En consecuencia, su prohibición debe ser entendida como un *regla tendencialmente absoluta*, que no admite justificaciones de orden genérico ni modulaciones basadas en la racionalidad y la proporcionalidad[92], sino única y exclusivamente excepciones de carácter específico[93], basadas en el recurso a una característica relacionada con la edad o con cualquier otra situación protegida –y no estas mismas–[94] como una fórmula objetiva de asignación de consecuencias jurídicas desprovista de cualquier potencial segregador contrario a la dignidad humana, como ocurre, en particular, tratándose de la valoración de las aptitudes necesarias para el desarrollo de determinadas actividades o puestos de trabajo[95]. Por supuesto, estas son situaciones en las cuales, como se ha dicho, más que justificarse la discriminación, se niega su existencia[96].

La anterior es una idea que se encuentra presente en el artículo 14 de la Constitución, cuando este indica, sin ambigüedades de ningún tipo, que no podrá prevalecer "discriminación alguna" por las causas a las que remite. Como puede apreciarse incluso a simple vista, esta es una regla taxativa, claramente distinguible de la prevista por la primera parte del precepto, que desautoriza de manera explícita

[92] E. Desdentado Daroca, "Reflexiones críticas a propósito de la STC 89/2024, de 5 de junio. La necesaria delimitación entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación", cit., pág. 3, señalando que "este esquema funciona en el juicio ordinario de igualdad, pero no cuando se trata de diferenciaciones contrarias al orden público constitucional".

[93] Más rotunda aún es la formulación de esta idea a la que recurre A. Álvarez Del Cuvillo, "La identificación y refutación de la discriminación por edad a partir del concepto de discriminación grupal", en AEDTSS, *Trabajo, edad y pensiones de jubilación: comunicaciones al XXXIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2024, pág. 573, cuando señala que "en realidad la prohibición de discriminación no se configura como un mandato de optimización, sino como una regla taxativa que no admite excepciones". La tesis es impecable desde el punto de vista formal, en la medida en que, como se indicará inmediatamente, las que se presentan en el texto principal como excepciones, por utilizar el lenguaje comúnmente empleado por la doctrina sobre la materia, representan en realidad casos en los que no existe discriminación. Y no, en sentido estricto, hipótesis en las que esta pueda encontrarse justificada.

[94] Como destaca A. Álvarez Del Cuvillo, "Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución", cit., pág. 99.

[95] Con todo, como destaca M. A. Ballester Pastor, "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis preliminar", cit., pág. 59, esta excepción, prevista el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, debe ser contemplada con especial cautela, toda vez que "no existen propiamente actividades que, por su naturaleza, requieran trabajadores con una determinada edad y no con otra". Lo cual no hace más que reforzar el carácter absoluto de la prohibición de discriminaciones por esta causa.

[96] A. Álvarez Del Cuvillo, *El concepto de discriminación grupal y su eficacia en el ámbito de las relaciones laborales*, cit., págs. 217 y 304.

cualquier tipo de ponderación[97], porque de lo que se busca a través de ella es prohibir radicalmente las diferencias basadas en motivos especialmente odiosos e inaceptables, vinculados a la segregación y a la marginación social, que vulneran la dignidad de las personas integradas dentro de los grupos sociales afectados[98]. Aquí radica, precisamente, la diferencia entre el principio general de igualdad, que posee un innegable carácter relativo, y la prohibición de todo trato discriminatorio, que es tendencialmente absoluta.

Por lo tanto, un trato desfavorable basado en la edad, el sexo o la discapacidad, por citar aquí solo tres de los supuestos posibles, no puede ser considerado justificado simplemente porque ocasiona un menor daño a los trabajadores jóvenes o mayores, las mujeres o las personas con discapacidad, como se ha terminado por asumir con normalidad entre nosotros a partir de una lectura jurisprudencial devaluadora del significado profundo del precepto, porque lo que la Constitución niega de raíz es que estas condiciones puedan ser fuente de cualquier tipo de desventaja.

Todo lo hasta aquí expuesto debe conducir a replantearnos la indulgencia con la que actualmente son contempladas las diferencias entre trabajadores establecidas en el marco de los procesos de despido colectivo. Así como, con carácter general, los tratos peyorativos basados en la edad introducidos por el legislador o la negociación colectiva, ya sea en beneficio de otros grupos etarios o colectivos sociales o incluso, presuntamente, "por el propio bien" de las personas perjudicadas, todos los cuales se basan exclusivamente en consideraciones instrumentales, inasumibles desde la perspectiva constitucional, las cuales se apoyan, además, de la misma forma que las normas comunitarias sobre la materia, en una concepción vetusta y de eficacia indemostrable de la política de empleo.

En estas condiciones, la asunción de todas las consecuencias del rotundo mandato contenido la parte final en el artículo 14 de la Constitución constituye, casi cinco décadas después de su entrada en vigor, una tarea pendiente de realización, de cual depende que la discriminación por razón de edad deje de ser entre nosotros "la cenicienta de las discriminaciones"[99].

[97] Op. cit., pág. 287.

[98] En palabras de E. Desdentado Daroca, op. cit., pág. 3.

[99] Como la califica, a partir de su tratamiento dentro del Derecho de la Unión Europea, M. V. Ballestrero, "Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età", *Lavoro e Diritto*, 2011, núm. 1, pág. 142.

EL USO DE LA IMAGEN DE LA PERSONA TRABAJADORA CON FINES COMERCIALES: NUEVOS PARADIGMAS FRUTO DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS

THE USE OF THE WORKER'S IMAGE FOR COMMERCIAL PURPOSES: NEW PARADIGMS ARISING FROM TECHNOLOGICAL ADVANCES

EDUARDO E. TALÉNS VISCONTI
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia
ORCID ID: 0000-0002-0515-731X

RESUMEN **Palabras Clave:** derecho fundamental, propia imagen, apariencia externa, poder de dirección, consentimiento previo

La protección de la propia imagen se enmarca en el elenco de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española. Se trata de un derecho que, en el seno de las relaciones laborales presenta algunas singularidades. El estudio de los contornos del derecho a la propia imagen en el ámbito laboral constituye, desde luego, un terreno clásico en nuestra disciplina. Ahora bien, a lo largo de este artículo se aborda la cuestión desde el avance de la tecnología y la digitalización, puesto que este hecho plantea nuevos retos y abre nuevos focos de reflexión sobre este concreto derecho fundamental. Así, de este modo, a lo largo de presente estudio me centraré en analizar los límites que existen para que las empresas puedan utilizar la imagen de sus trabajadores/as con fines comerciales, especialmente con los nuevos paradigmas y retos que plantean los medios digitales y las redes sociales.

ABSTRACT ***Keywords:*** *fundamental rights, right to self-image, external appearance, employer's power, prior consent*

The protection of the right to self-image is among the fundamental rights recognized by the Spanish Constitution. This is a right that, within the context of labor relations, presents some unique features. The study of the contours of the right to one's own image in the workplace is, of course, a classic area in our discipline. However, throughout this article, the issue is addressed from the perspective of technological advancement and digitalization, since this poses new challenges and opens up new areas of reflection on this specific fundamental right. Thus, throughout this study, I will focus on analyzing the limits that exist for companies to use their employees' images for commercial purposes, especially given the new paradigms and challenges posed by digital media and social networks

 Recepción original: 23.10.2025. Aceptación: 16.11.2025

ÍNDICE

1. Una cuestión previa: breve aproximación al concepto constitucional del derecho a la propia imagen
2. El derecho a la propia imagen en el marco de un contrato de trabajo: aspectos singulares
3. El incesante avance de la tecnología: nuevos paradigmas de la digitalización y el respeto al derecho a la propia imagen
4. El uso de la imagen de las personas trabajadoras con fines comerciales o promocionales desde el punto de vista de las nuevas tecnologías: régimen jurídico y límites
5. La captación y difusión de la imagen del empresario/a por parte de la persona trabajadora
6. Algunas dificultades interpretativas cuando las imágenes han sido publicadas en redes sociales por parte de terceras personas: la eventual nulidad de la prueba
7. A modo de conclusión: aspectos que hay que tener en cuenta a la hora de resolver este tipo de conflictos

1. UNA CUESTIÓN PREVIA: BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

A pesar de que el objeto de este estudio consiste en realizar un análisis de las distintas manifestaciones empresariales que pueden llegar a vulnerar el derecho a la propia imagen en el contexto de la comercialización de la misma en el ámbito laboral, conviene detenerse brevemente sobre el alcance constitucional del mencionado derecho fundamental, del que necesariamente debemos de partir. Su reconocimiento expreso en la Constitución Española dentro del elenco de derechos fundamentales hace necesario que lleve a cabo un somero repaso acerca de su contenido esencial. De tal modo que, al tratarse de un "derecho inespecífico" del contrato de trabajo, su anclaje constitucional resulta ineludible para descender posteriormente sobre las singularidades que puede presentar este derecho fundamental dentro de la esfera laboral.

En línea con el anterior argumento, cabe apuntar que el derecho a la propia imagen está reconocido expresamente en el tenor del art. 18.1 CE dentro una enumeración en las que se incardinan otros derechos estrechamente relacionados con aquel, a saber: el honor y la intimidad. La inserción de varios derechos fundamentales dentro de un mismo precepto provocó que en un primer momento se plantearan algunas dificultades interpretativas a la hora de perfilar el concepto

específico del derecho a la propia imagen y su singularidad respecto de los mencionados derechos al honor y, muy especialmente, a la intimidad[1].

La autonomía del derecho a la propia imagen respecto a la intimidad siempre ha tenido el inconveniente de que, en la práctica y, por regla general, las lesiones que normalmente se han producido sobre este último derecho han derivado de la publicación de fotografías de las personas (u otros medios de reproducción de la imagen) en las que se observan aspectos íntimos de su vida privada o familiar. Por lo tanto, esta íntima relación entre ambos derechos dificultó la delimitación del ámbito de protección de cada uno de ellos. No obstante, la STC 156/2001, de 2 de julio ya explicó con bastante claridad que "*mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada*". Se vino a reconocer que en algunos casos ambos derechos pueden quedar lesionados por una misma captación audiovisual, pero que otros supuestos pueden resultar afectados de forma individual. Efectivamente, no podemos desconocer que entre todos los derechos listados en el art. 18 CE existe una cierta conexión, por lo que pueden presentarse concomitancias entre los mismos[2]. Ahora bien, en el caso concreto del referido a la propia imagen no se aspira a proteger una esfera íntima o reservada de la intromisión ilegítima, ni tampoco la reputación o el buen nombre, sino más bien el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, extremo que constituye un bien de la personalidad[3].

[1] De Verda y Beamonte, José Ramón. "El derecho a la propia imagen", *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 150. Véase también en este sentido a Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco. "Sobre el derecho a la propia imagen (A propósito de la STCo. 170/87, de 30 de octubre)", *Revista del Poder Judicial*, núm. 10, junio de 1988, p. 3 (la versión estudiada en documento word).

[2] Fernández Orrico, Francisco Javier. *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021 (consultado a través de la base de datos: TOL8.451.672).

[3] De Verda y Beamonte, José Ramón. "El derecho a la propia imagen", cit., p. 149.

En este orden de ideas, hoy en día, la cuestión de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen ya se encuentra ampliamente superada[4]. De tal manera que, de acuerdo con doctrina fijada por la STC 81/2001, de 26 marzo, el derecho a la propia imagen puede definirse como aquel "*que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde*"[5]. Dicha singularidad también la ha puesto de manifiesto el TEDH, que en su sentencia de 15 de enero de 2009 vino a decir que "*la imagen de un individuo es uno de los atributos principales de su personalidad, debido a que realza su originalidad y le permite diferenciarse de sus congéneres. El derecho de la persona a la protección de su imagen constituye así uno de los componentes esenciales de su plenitud personal y presupone principalmente el dominio por el individuo de su imagen"*. A través de este derecho se trata de proteger la captación y difusión incondicionada del propio aspecto físico como instrumento básico de identificación[6], en esencia, el uso no consentido de su imagen y rasgos más característicos que la hagan identificable[7]. Por consiguiente, solamente le incumbe al titular del derecho la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico, impidiéndose la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado[8]. Junto con ello, además de la protección frente a la captación de la imagen de forma no consentida, este derecho se encuentra relacionado con la apariencia externa, en el sentido de que una persona es libre

[4] De Verda y Beamonte, José Ramón. "El derecho a la propia imagen", cit., p. 150, considera, con buen criterio, que "*no cabe duda de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen respecto a los derechos al honor y a la intimidad, ya que éstos protegen bienes jurídicos distintos (el buen nombre de la persona o el ámbito de la vida, personal o familiar, que un individuo se reserva como propio y ajeno al conocimiento de los demás), sin perjuicio de que, en ocasiones, una intromisión en la propia imagen pueda suponer una injerencia simultánea en el honor o intimidad de la persona, cuya figura se representa*". En similares términos: Martín Muñoz, Alberto. "El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 242, 2001, p. 1715, que, igualmente, consideró en aquel momento que "*el derecho fundamental a la propia imagen es un derecho individual y autónomo*", si bien "*íntimamente relacionado con el derecho al honor y a la intimidad"*

[5] Doctrina seguida, entre otras, por las posteriores SSTC de 18 de junio 2001; de 2 julio de 2001; de 22 de abril de 2002; de 28 de enero de 2003; de 16 de abril de 2007; de 23 de marzo de 2009; de 29 de junio de 2009; o de 27 de abril de 2010, entre otras más recientes

[6] De la Iglesia Chamarro, Asunción. "El derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (Caso Cortina) y 83/2002 (Caso Alcocer)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, p. 297.

[7] Suárez Espino, María Lidia. "¿Qué protege el derecho fundamental a la propia imagen?", *Diario La Ley*, núm. 7791, 6 de febrero de 2012, p. 5 (versión del artículo en PDF).

[8] De la Iglesia Monje, María Isabel. "El consentimiento y el contexto jocoso del programa. Elementos clave para afirmar la inexistencia de vulneración del derecho al honor y a la propia imagen", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 2010, pp. 1237-1238.

de proyectar su personalidad a través de su indumentaria y rasgos que lo pueden identificar. De tal manera que, como subrayó la STC 208/2013, de 16 de diciembre, la imagen "*constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual*". En cualquier caso, en el presente estudio me voy a centrar exclusivamente en el derecho a la propia imagen en la faceta que protege frente a intromisiones ilegítimas relacionadas con la captación y difusión gráfica relacionada con los usos comerciales empresariales.

Desde la perspectiva del derecho común, la propia imagen aparece desarrollada por la LO 1/1982, de 5 mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. El art. 7 de la citada LO contiene una serie de supuestos en que el legislador considera que se producen intromisiones ilegítimas sobre todos estos derechos, incluyéndose algunas previsiones específicas en relación con la propia imagen. De todos ellos, el que más interés puede tener en el ámbito laboral es, como veremos a partir del siguiente epígrafe, el relativo a la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin contar con su consentimiento. Por su parte, el art. 8 de la LO permite la reproducción de la imagen en determinados supuestos concretos pese a que no concurra el necesario y habitual consentimiento por parte de su titular (situaciones que analizaré más adelante)[9].

En definitiva, el rasgo específico de este derecho fundamental, en lo que a este concreto estudio me interesa, consiste en otorgar a las personas físicas una protección frente a las reproducciones de su imagen, con independencia de que lesionen o no el buen nombre de una persona o den a conocer o no su vida íntima. Por lo tanto, normalmente se define "por exclusión", de suerte que en la práctica protegerá ante reproducciones de la imagen de las personas que no puedan hacerse valer por la vía del honor o de la intimidad. En este sentido, para que se produzca una intromisión específica de este derecho basta con que las imágenes o vídeos muestren sin el consentimiento del titular su imagen, esto es, su apariencia o aspecto físico de modo tal que sea reconocible. A la vista de todo lo anterior, cabe aseverar que el derecho a la propia imagen alberga desde una vertiente positiva la facultad que ostenta una persona a la hora de consentir su captación y reproducción y, desde una perspectiva negativa, una prohibición a los terceros a la hora de obtener, reproducir y divulgar la imagen de una persona sin su consentimiento[10].

[9] En concreto, esto se dará en el caso de reproducción de la imagen de personajes públicos o de notoriedad cuando se capte en un acto público o lugares abiertos al público; en los casos en los que se haga a través de una caricatura, de acuerdo con el uso social; o cuando la imagen aparezca como un elemento meramente accesorio sobre un suceso o acaecimiento público.

[10] Altés Tárrega, Juan Antonio. "Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo: su explotación comercial en el contrato de artistas y su relación con la propiedad intelectual", *Trabajo y Derecho*, núm. 19-20, 2016, p. 51.

2. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE TRABAJO: ASPECTOS SINGULARES

Una vez que he realizada esta brevísima aproximación sobre el concepto constitucional "clásico" del derecho a la propia imagen, me detendré en el análisis de las singularidades que presenta dentro del ámbito laboral (comenzando por la ausencia de su reconocimiento legal y, seguidamente, a través de un recorrido por algunas de las resoluciones judiciales más destacadas que han tratado de aportar algunas soluciones abstractas).

Así, comenzado por lo primero, cabe advertir que el derecho a la propia imagen no cuenta con un desarrollo legal expreso en la normativa laboral. En el Derecho del Trabajo ya es más que conocida la distinción entre aquellos derechos fundamentales específicos de la propia relación de trabajo (libertad sindical y huelga -art. 28 CE-); de aquellos otros denominados inespecíficos, es decir, los que no siendo propiamente laborales pueden ejercitarse en el seno de una relación de trabajo. El derecho a la propia imagen es, por ende, un derecho inespecífico del contrato de trabajo, carácter que nos conduce al principal problema que podemos encontrar en relación con su protección dentro del ET, pues al no ser un derecho exclusivamente laboral carece de una regulación específica dentro de nuestro ámbito. No existe, en definitiva, un precepto que defina el derecho en cuestión, ni mucho menos que regule las acciones empresariales que están permitidas o prohibidas ni, con ello, prevea las singularidades que el Derecho del Trabajo puede aportar en relación con el mismo. En cualquier caso, a lo largo del articulado del ET sí que podemos encontrar algunas alusiones directas o indirectos sobre los derechos fundamentales, tales como: los arts. 4.2 e); 18, 20.3, 20 *bis* o 50 ET. Las previsiones del art. 20 *bis* ET se encuentran desarrolladas por los artículos 87 a 90 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, si bien estos preceptos se refieren principalmente a lesiones referidas al derecho a la intimidad, dado que están centrados en el control empresarial como manifestación del poder de dirección y los límites sobre dichas facultades.

Ante este escenario de anomia sobre una regulación que aspire a resolver la difícil convivencia entre el derecho fundamental de las personas trabajadoras a su propia imagen y el poder de dirección del empresario, han sido los tribunales los que han tenido que ir dando respuesta a los distintos problemas planteados, ofreciéndonos algunas pautas a seguir, pues la negociación colectiva tampoco ha sabido canalizar la necesaria protección de este derecho fundamental. En este sentido, en el ámbito social tradicionalmente se trató de adaptar o adecuar el ejercicio del mismo a los derechos y obligaciones del contrato de trabajo, primero, como una especie de subordinación de esta aplicación a la lógica contractual laboral, si bien posteriormente la interpretación ha ido más encaminada hacia la resolución de los conflictos desde una colisión de derechos constitucionales[11].

[11] Sanguineti Raymond, Wilfredo. "Derechos de la persona del trabajador y libertad de empresa en la era de la ponderación entre derechos constitucionales", *Trabajo y Derecho*, núms. 103-104, 2023 (consultado a través de Legalteca). La subordinación de los derechos fundamentales

En línea con lo que acabo de anticipar, cabe apuntar que la delimitación del derecho a la propia imagen en el entorno laboral viene marcada, desde luego, por la especial relación de subordinación inherente al contrato de trabajo[12], escenario que puede justificar que, en determinadas ocasiones, pueda prevalecer el derecho a la libertad de empresa frente a algunas concretas injerencias. Así, por ejemplo, la STC 196/2004, de 15 noviembre ya afirmó con rotundidad que "*la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE*". Ahora bien, lo anterior no significa, ni mucho menos, que la situación de subordinación que caracteriza la relación de trabajo ampare manifestaciones de ejercicio del poder empresarial que lesionen instancias irreductibles de libertad o intimidad[13]. Pues, como también destacó, en otras muchas, la STC 98/2000, de 10 de abril: *"la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral*"[14].

Se trata, en suma, de resolver un conflicto encarnado por una compleja coexistencia, puesto que, de un lado, los trabajadores no están privados de sus derechos constitucionales cuando firman un contrato de trabajo, pero, de otro lado, esta relación contractual puede modular los contornos de estos derechos, admitiendo injerencias que en otro contexto no resultarían admisibles. Con estos mimbres, todos estos asuntos se suelen resolver normalmente a través de una

constitucionales a la lógica contractual ha sido criticada por el autor, que considera que esta opción nos proporciona "*una solución fallida al problema, pues el sometimiento de la vigencia de los derechos fundamentales a la dinámica contractual resulta tan evidente como cuestionable"*.

[12] García Ortega, Jesús. "La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales", *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Ed. Aranzadi, 2007, p. 223.

[13] Goñi Sein, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Ed. Civitas, 1988, p. 21.

[14] Pueden verse en este mismo sentido sentencia más antiguas, tales como la STC 18/1984, de 7 de febrero o STC 177/1988, de 10 octubre 1988, en las que se afirmó que "*en un estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos [derechos fundamentales y libertades públicas] no lo sea en la vida social"*. En un sentido similar, la STC 88/1985, de 19 julio 1985 y la STC 99/1994, de 11 abril 1994, también aseveraron que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. Así, como expresó en su momento Molina García, Mónica. "El derecho del trabajador a su propia imagen (STC 99/1994, de 11 de abril), *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1995, p. 624: *"el trabajador antes de adquirir la condición de parte en el contrato de trabajo, antes de ser trabajador asalariado, es primeramente ciudadano"*.

ponderación de los derechos en liza, pasando por el necesario tamiz del test de proporcionalidad[15].

Este *modus operandi*, en principio, no resulta ajeno al análisis del concreto derecho a la propia imagen, aunque en relación con este la vara de medir seguramente se haya flexibilizado bastante (más que en el caso de otros derechos fundamentales). En este sentido, aunque no sea el objeto de este estudio, en relación con la apariencia externa de las personas trabajadoras y los códigos de vestimenta fijados por la empresa o imposición de uniformes, el problema ha quedado reducido muchas veces a una cuestión de legalidad ordinaria, siendo que, se han llegado a admitir incluso restricciones cuando la decisión empresarial es legítima por cuanto estaba avalada por una costumbre local[16]. De este modo, la existencia de algún protocolo concreto, código de vestimenta o incluso costumbre, todos ellos instrumentos con rango inferior a la ley o al reglamento, han sido utilizados para permitir o prohibir algunos conflictos entre el derecho a la propia imagen en su vertiente de la determinación de la apariencia externa y el poder de dirección empresarial[17].

Por su parte, en el ámbito que aquí más me interesa (conflicto entre derecho a la imagen y la captación audiovisual, señaladamente, para actos empresariales promocionales), el rasero con el que se han resuelto estos asuntos también ha sido bastante elástico, puesto que se ha admitido que algunos puestos de trabajo llevan aparejado *per se* una cesión de la imagen. En este sentido, el propio objeto del contrato puede exigir en determinados casos o para unas concretas profesiones, una limitación importante sobre el derecho fundamental a la propia imagen (*vid.* STC 99/1994, de 11 de abril, a la que más adelante me referiré de forma más detenida).

3. EL INCESANTE AVANCE DE LA TECNOLOGÍA: NUEVOS PARADIGMAS DE LA DIGITALIZACIÓN Y EL RESPETO AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

El estudio del derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras y su utilización con fines comerciales por parte de la empresa seguramente sea un debate en cierta medida "tradicional" y probablemente superado (pese a que no haya sido un tema demasiado estudiado doctrinalmente). Por lo tanto, el elemento que puede justificar, a mi modo de ver, el hecho de revisitar los lindes de este

[15] Son muchísimas las sentencias que han resuelto de acuerdo con este canon, pudiendo acudir, por ejemplo, por ser una en las que se puede ver con mayor nitidez, a la STC 186/2000.

[16] Cristóbal Roncero, Rosario. "Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 199, 2017, p. 2 (BIB\2017\12358).

[17] Siendo ya clásica en esta materia la STS de 12 de febrero de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:11038), relativa a la costumbre de no llevar barba en el sector de la hostelería.

derecho, lo constituye el continuo avance de la tecnología y la digitalización. Esto provoca, desde mi punto de vista, que me detenga en el análisis de los nuevos retos que provoca el avance de la tecnología en relación con este tema. La problemática, por lo demás, nos tan nueva, puesto que, desde la doctrina, en este caso civilista, ya se ha venido advirtiendo desde hace algún tiempo que el desarrollo y mejoras de la técnica puede derivar en que las lesiones del derecho a la propia imagen sea un lugar común en la práctica judicial española, pues cada vez son más sofisticados los métodos de captación de la imagen de las personas[18]. Efectivamente, la proliferación en el uso de las redes sociales y de otras plataformas similares supone que diariamente se comparta una infinidad de material gráfico o videográfico en el que las personas aparecen en publicaciones que fácilmente puede ser compartidas y que rápidamente pueden "viralizarse". Por este motivo, el uso de las redes sociales abre focos de reflexión en la medida en que otorgan nuevos perfiles a "los derechos fundamentales clásicos"[19]. Verdaderamente, el uso de las redes sociales puede constituir un "caldo de cultivo" para que, en otros muchos derechos que aquí no van a ser analizados, se produzcan tensiones con el derecho a la propia imagen[20]. Este tipo de plataformas presentan un elevadísimo potencial en lo que a su difusión se refiere, de suerte que la imagen no consentida de una persona pueda viajar a través de los dispositivos digitales con muchísima rapidez. En este contexto, entiendo que resulta necesario saber dónde tenemos que poner los límites en relación con la captación de una imagen, su posterior publicación en una red social y su eventual propagación a través de la misma o distintas páginas web. El hecho de que la imagen de una persona pueda circular con mayor fluidez nos obliga a repensar la dinámica que teníamos asentada en relación con el derecho a la propia imagen y los términos del consentimiento prestado por su titular.

En relación con este concreto problema el TC ya ha tenido la ocasión de pronunciarse en su sentencia 27/2020, de 24 de febrero. En aquella ocasión la TC tuvo que resolver sobre la eventual lesión del derecho a la propia imagen ocasionada por la publicación de una fotografía obtenida de un perfil de Facebook que estaba abierto y accesible al público. Así, en primer lugar, aclaró que en este tipo de publicaciones cabe partir de la premisa de que si la imagen es compartida por el propio usuario en una red social este hecho no supone, en principio, por sí mismo, un consentimiento tácito para su posterior utilización por terceros. En este sentido, el TC ha destacado que el usuario de una determinada red social que "sube", "cuelga" o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros,

[18] Chaparro Matamoros, Pedro. "El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2014 (BIB\2013\2445).

[19] Así lo ha expresado Mercader uguina, Jesús Rafael. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 165.

[20] Las redes sociales provocan nuevos retos para otros derechos fundamentales, tales como: la libertad de información; la libertad de expresión; el derecho a la intimidad; el derecho al honor; el derecho a la protección de datos de carácter personal, etc.

tan solo consiente en ser observado en el lugar que este ha elegido, es decir, en su perfil, muro, publicación temporal o fórmula elegida. En definitiva, a mi modo de ver, parece que TC pone coto a la difusión de la imagen a través de otras vías distintas a la original. Desde luego, quien "sube" una foto a Internet es evidente que consiente que sea vista por parte de terceros, pero esto no significa que consienta necesariamente que aparezca en otras plataformas o páginas web diferentes al lugar dónde ha sido compartida.

Sin embargo, un par de años antes, la STS (Civil) de 20 de julio de 2018[21] optó por una interpretación algo más flexible. El caso concreto consistió en la captación de la imagen de una persona en eventos públicos en compañía de más gente con su consentimiento, pero, posteriormente se difundió por las redes sociales del partido al que estaba afiliada. La Sala de lo Civil consideró que la prestación de consentimiento para la publicación de la propia imagen en Internet conlleva su aprobación para la difusión cuando, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados. El TS destacó que hecho de que circulen datos privados por las redes sociales no significa que lo "privado" se haya convertido en "público" siempre y en todo caso. También se reconoce expresamente que las personas mantienen el derecho a decidir si las imágenes obtenidas pueden ser compartidas o no a través de medios digitales. A pesar de ello el TS interpretó que cuando existe una imagen previamente publicada en Internet (consentida por su titular) y esta se comparte en una red distinta "retuiteándola", insertándola directamente en otra cuenta de otra red social, o bien insertando un "link" o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio, cabe excluir el carácter ilegítimo de la afectación de estos actos sobre el derecho a la propia imagen, siendo, según expresa el propio Tribunal una "consecuencia natural" de la publicación consentida en un determinado sitio web de acceso general.

Desde mi punto de vista, la lectura de la STS del Pleno de la Sala de lo Civil dictada en el año 2018 y la del TC publicada en el BOE el año 2020 pueden se complementarias y coinciden en algún punto concreto. Desde luego, ambos pronunciamientos parten de la premisa general de que en la lógica de Internet también persiste, como no podría ser de otra manera, la necesaria protección del derecho a la propia imagen. En este sentido, las publicaciones compartidas en los medios digitales están sujetas al consentimiento previo del titular de la imagen (dado que no son espacios públicos). Por lo tanto, para que un tercero pueda publicar la imagen de otra persona se precisa del consentimiento previo de su titular. Por su parte, cuando la fotografía o vídeo haya sido "colgado" por el titular del derecho, el consentimiento se deduce de sus propios actos, dado que ha sido este quien ha decido voluntariamente compartir su imagen.

[21] STS (Pleno de la Sala 1ª) de 20 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2748).

Los mayores problemas (o puntos discordantes) se encuentran en valorar la difusión o propagación de una imagen que haya captada y compartida con el consentimiento de su titular. En este punto el TC considera que la publicación en una concreta red social (o espacio web que sea) no permite que dicha imagen sea utilizada en otros lugares (salvo, claro está, que medie el consentimiento previo de su titular). Por este motivo, el TC considera que la publicación de la imagen de Facebook en otros medios (en este caso, un periódico -daría igual que sea en papel o en formato digital-) vulnera este derecho. Lo mismo cabe predicar cuando la imagen publicada en una concreta red social sea utilizada en otra plataforma digital distinta, puesto que, de acuerdo con la doctrina del TC, en principio, cabe predicar en estos casos una lesión del derecho a la imagen. Sin embargo, cuando lo que se hace es compartir la imagen dentro de la misma red social por parte de terceros, en principio, para el TS esto no es más que una "consecuencia natural" de la interacción lógica en este tipo de redes. No cabe perder de vista, tampoco, que en la mayoría de estas plataformas las opciones sobre privacidad pueden ser controladas por los usuarios, por lo que en muchos casos es el propio titular del derecho quien puede suprimir la opción de que otras personas puedan difundir su imagen con un "sólo clic". En estos casos, cuando la imagen se comparta, normalmente se realizará a través de un mayor esfuerzo por parte de la persona que la difunda (opción posible a través de una "captura de pantalla"). Ahora bien, cuando una imagen se publica en una red social y, a través de la misma, se encuentra habilitada la opción de comentarla y/o compartirla a través de otros perfiles dentro de la propia red social o de otras que permitan esta opción, entraremos, a mi modo de ver, dentro de esta "consecuencia natural" a la que se refiere el TS y, probablemente, en este punto su doctrina deba de mantenerse (dado que es distinto al supuesto que resolvió el TC). En cualquier caso, sobre este y otros asuntos que plantean las imágenes compartidas en redes sociales y otra serie de plataformas digitales volveré más adelante en con mayor profundidad analizando algunos casos concretos.

4. EL USO DE LA IMAGEN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON FINES COMERCIALES O PROMOCIONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: RÉGIMEN JURÍDICO Y LÍMITES

En este epígrafe me voy a centrar en el núcleo esencial de este estudio y trataré de adentrarme en la problemática que presenta la captación y difusión de la imagen de la persona trabajadora con fines promocionales para la empresa.

A la hora de abordar este tema, en principio, debemos de partir de la premisa de que los poderes de dirección del empresario no le confieren la facultad para ordenar a una persona que salga posando en una fotografía, aparezca en un vídeo o, en definitiva, en cualquier tipo de publicación que posteriormente vaya a publicarse en Internet con una finalidad comercial. La anterior premisa es completamente

válida salvo en los casos en los que la propia dinámica de la profesión en cuestión lleva intrínseca la cesión del uso de la imagen, siendo esta vicisitud, por ende, un elemento esencial del contrato[22]. Cabe también tener presente que en muchas de las profesiones en las que la imagen se cede por la propia naturaleza de las tareas tampoco suele existir un valor económico asociado a la misma, puesto que la cesión resulta intrínseca a la propia relación de prestación de servicios, por lo que en estos casos, incluso, se ha descartado que estemos ante una explotación comercial de la imagen de la persona empleada por parte de la empresa[23], por lo que el análisis sobre la posible afectación de este derecho se tiene que detener en este punto.

La doctrina "clásica" existente en la materia parece moverse en esta misma línea. Así, en este sentido, la STC 99/1994, de 11 de abril (que constituye el punto de partida sobre el que proyectar el análisis del uso comercial de la imagen de las personas trabajadoras), fijó una doctrina general sobre el papel fundamental que juega en este terreno el contrato de trabajo en la medida en que este pueda exigir o no, conforme a las exigencias de la buena fe, la limitación del derecho fundamental a la propia imagen para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar. De esto modo, con independencia de que existan unas profesiones que, tal y como he anticipado, llevan consigo una cesión de la imagen para poder desarrollar la prestación de servicios, otro tipo actividades también pueden restringir el derecho a la imagen por tener un innegable contacto con el público o resultar accesibles a este[24]. Todo lo anterior sin perder de vista

[22] De Vicente Pachés, Fernando. "Doctrina Constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen (Estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre y 99/1994, de 11 de abril)", *Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 71, 1996, p. 48, pone como ejemplo de esto a *"modelos, artistas u otros colectivos profesionales de igual naturaleza en los que el objeto del contrato presupone una disposición del derecho de la imagen*". Puede verse un interesante análisis sobre la cesión de la imagen en el concreto caso de los artistas en el artículo publicado por el Prof. Altés que ya he citado previamente y que puede consultarse en la bibliografía al final de este mismo artículo.

[23] Arrúe Mendizábal, Marta. *El derecho a la propia imagen de los trabajadores,* cit. (de la versión consultada a través de Legalteca).

[24] En los casos en los que la profesión lleva aparejada una innegable cesión de la imagen, descartando con ello una posible lesión sobre el derecho fundamental a la propia imagen, los problemas jurídicos han girado en torno sobre algunos elementos derivados de esta vicisitud, principalmente, en su carácter retributivo. Así, por ejemplo, STS de 20 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3241) resolvió que, en el contexto de un equipo ciclista profesional, los derechos a la imagen de los corredores del mismo tenían una naturaleza extrasalarial. El TS parte del tenor del art. 7.3 del RD 1006/1985, que cede lo relativo a la participación en los beneficios que se deriven de la a lo que determine el convenio o contrato. En este caso, el art. 18 del convenio de aplicación incluye entre las retribuciones salariales el sueldo mensual, las pagas extraordinarias y la ficha o prima de contratación, por lo que la retribución pactada por los derechos de imagen no obedece ni responde a la prestación de los servicios profesionales, por ello, que no se integraran en la base reguladora de la prestación por IPT era correcto. Como ya señalara Palomeque, la prestación laboral no incluye el derecho a la comercialización de la imagen del deportista profesional, por

que el elemento esencial, clave de bóveda de este tipo de cesiones, descansa en el consentimiento de la persona trabajadora en cuestión, con los matices que la doctrina judicial ha podido advertir en relación con este tema y a los que más adelante me referiré.

Siguiendo con el análisis de la STC 99/1994, el supuesto de hecho consistió en un oficial de 2ª (deshuesador de jamones) que fue despedido ante su negativa a la hora de exhibir su habilidad en el corte del jamón al conocer que dicha tarea iba a ser grabada por un medido de comunicación y posteriormente publicada. La empresa le despidió por desobediencia. En este contexto, el TC entendió que las tareas encomendadas al trabajador no implicaban la necesaria restricción de su derecho a la propia imagen, para, afirmar a continuación lo siguiente: "*no consta que el trabajador, oficial de 2.ª deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que éstas fueran componentes imprescindibles -o aun habituales- de las funciones que debía desarrollar. Con este condicionante básico, el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí sólo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada"*. Como se podrá apreciar sin demasiadas dificultades, el TC tomó en consideración, muy especialmente, la concreta profesión desempeñada que, como quedó acreditado, en el caso concreto no llevaba aparejada, per se, una cesión de la imagen. De este modo, partiendo de la concreta prestación de servicios (deshuesador de jamones), el TC constató que no existía en ese caso ninguna cláusula contractual específica que permitiera considerar una válida cesión de la imagen. Por lo tanto, una vez descartadas las anteriores circunstancias, nos encontramos con que el consentimiento se erige como el elemento determinante para resolver el caso. Por esta razón, dado que su negativa vino amparada por su derecho a la propia imagen, no existió una desobediencia que pudiera resultar sancionada, por lo que la medida adoptada por parte de la empresa resultó injustificada, declarándose su nulidad por afectar a un derecho fundamental.

En definitiva, la anterior sentencia del año 1994 constituye, desde luego, el punto de partida sobre el que ir resolviendo los asuntos que se plantean en relación con esta materia, puesto que nos resume la "metodología" que cabe aplicar para

lo que la compensación económica pactada por dicho uso no forma parte del salario "*tratándose más bien de una estipulación de carácter mercantil complementaria del contrato de trabajo"* (Palomeque López, Manuel Carlos. "Derechos fundamentales generales y relación laboral", *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003, pp. 240 y 241.

En otros casos, algunos convenios lo que hacen es tratar de retribuir la prestación de imagen mediante apariciones en pantalla de las personas trabajadoras en los que la prestación comprometida en el contrato de trabajo no es, precisamente, aparecer en televisión. Por este motivo, el TS reconoció el complemento a un redactor que normalmente no aparecía en pantalla, pero que pasó a realizar funciones de presentador de los informativos locales de Lugo y conexiones en directo para el canal autonómico que requieren la emisión de su imagen (STS de 21 de febrero de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:874).

relacionar este concreto derecho fundamental inespecífico con los perfiles del contrato de trabajo[25]. En cualquier caso, como seguidamente veremos, con el paso del tiempo han ido apariendo muchos más matices, otra serie de cuestiones que no pueden reducirse al análisis de la "sentencia marco" anteriormente citada, puesto que han analizado otros supuestos de hecho distintos que han hecho aflorar otra serie de conflictos y dificultades interpretativas. Por lo tanto, a continuación, trataré de ir desgranando asuntos de diversa índole sobre los que la doctrina judicial ha ido decantando una línea interpretativa que me permitirá extraer una serie de conclusiones o valoraciones personales que serán reveladas en el último epígrafe de este estudio.

Comenzaré este recorrido por los supuestos en los que la doctrina judicial ha considerado que el derecho a la imagen sí que ha resultado lesionado. Así lo consideró, por ejemplo, el TSJ de Madrid[26] en el caso de una trabajadora cuyo rostro apareció en unas camisetas y en una galleta que comercializó la empresa. En el juicio quedó acreditado que la actora sí que accedió a realizarse unas fotografías a petición de la empresa, pero, por el contrario, no se pudo probar esta fuera "plenamente consciente" de la finalidad comercial de las mismas. La concreta profesión desempeñada tampoco suponía que, *per se,* existiera una cesión del derecho a la imagen y tampoco constaba ninguna cláusula o pacto específico en tal sentido. Pese a que sí que se prestó consentimiento para para unas pruebas de diseño, podemos concluir que la exposición de la persona trabajadora ante un/a profesional de la fotografía no puede equipararse a un consentimiento inequívoco para la posterior conservación y difusión de la instantánea donde figura su imagen[27].

Con todo, para entender lesionado el derecho a la propia imagen todavía falta por superar otro escollo, valorar si se cumple o no con el "principio de recognoscibilidad"[28]. El problema en este punto reside en que la legislación común no resuelve cuál debe de ser el "grado de recognoscibilidad exigible" para que se entienda que estamos ante una "intromisión ilegítima" en el derecho a la propia imagen. Por este motivo, desde mi punto de vista, en este terreno reina una más que evidente dosis de flexibilidad interpretativa, puesto que será el órgano judicial el que deberá de analizar la imagen en cuestión para declarar si la persona puede

[25] Del Rey Guanter, Salvador. "Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional", *Trabajo: Revista andaluza de Relaciones Laborales*, núm. 4, 1998, p. 10.

[26] STSJ de Madrid de 16 de noviembre 2012 (ECLI:ES:TSJM:2012:15573).

[27] Villalba Sánchez, Alicia. "La protección del trabajador frente a la captación y reproducción de su propia imagen, STSJ Cataluña 29 mayo 2015", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, 2016, p. 7 (AS\2015\1334).

[28] A través de este principio se trata de valorar si la imagen de la persona resulta reconocible o no. De tal manera, que si la misma aparece difuminada o con algunos elementos que no permitan reconocer la apariencia externa de la persona que parece en la imagen, no podemos entender que se haya lesionado su derecho.

ser reconocida o no. En el caso concreto resuelto el TSJ de Madrid antes citada, la cuestión no era aparentemente tan sencilla, dado que la trabajadora aparecía en la campaña publicitaria con gafas de sol, maquillada y con una lata de refresco en la mano. En cualquier caso, se entendió por parte de la Sala que, pese a presentar estos elementos "distorsionadores", su imagen era reconocible y no podía confundirse con la de cualquier otra persona, razón por cuál terminó por declarar la vulneración del mencionado derecho fundamental, con la correspondiente condena a reparar el daño causado[29].

Otros pronunciamientos más recientes[30], también resuelva a favor de la vulneración de la imagen de un trabajador por una publicación promocional compartida por la empleadora, en el caso concreto de un médico que fue captado atendiendo un simulacro de siniestro en la vía pública. Esta escena apareció posteriormente publicada en la página de Internet de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias. En este contexto también se acreditó que la profesión en cuestión no llevaba aparejada una cesión de la imagen y que el médico no prestó su consentimiento para su publicación, antes, al contrario, cuando se enteró de la misma solicitó su inmediata retirada. Dado que la imagen del trabajador era plenamente reconocible, la discrepancia jurídica se centró, básicamente, en valorar la concurrencia de las excepciones contempladas en el art. 8 de la LO 1/1982 (es decir, si estamos ante un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se ha captado durante un acto público o en lugares abiertos; o bien que estamos ante la información gráfica de un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de la persona aparezca como meramente accesoria). En el caso concreto era obvio que el suceso aconteció en la vía pública, pero la Sala andaluza descartó que la profesión de un médico pueda asemejarse a la de un "cargo público" o "profesión de notoriedad o proyección pública". De tal manera que cuando el médico actuó durante un simulacro requerido por la empresa por encontrarse de guardia, no lo hizo en calidad de "autoridad pública", pero tampoco como "profesión de notoriedad o proyección pública". Por lo demás, también se descartó que la imagen del médico demandante se pudiera considerar en este caso concreto como "accesoria de una información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público". Por esta razón, se concluyó que la empresa vulneró su derecho a la propia imagen, pues tampoco se acreditó una necesidad o interés empresarial suficientes que pudieran superponerse al efectivo ejercicio de tal derecho fundamental por parte del trabajador.

[29] Junto con otra serie de medidas encaminadas a reparar la lesión sobre el derecho a la imagen, en este caso la Sala condenó a una indemnización por daños morales de 7.000 euros, rebajando la cuantía inicial acordada por el órgano de instancia y que ascendía a 30.000 euros.

[30] STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:16407).

Siguiendo con el repaso sobre algunos asuntos en los que sí que se considerado lesionado el derecho a la propia imagen, el TSJ de Madrid[31] así lo entendió en una sentencia reciente interpuesta por parte una trabajadora que prestaba servicios en calidad de "Croupier-Presentadora" en la modalidad de casino-online. Al contrario que en los otros supuestos, en este caso era bastante evidente que por la propia dinámica de la prestación de servicios la imagen de la trabajadora tenía que ser captada y difundida a través de Internet. Ahora bien, el problema no fue por el hecho de que la imagen se hubiera publicado en Internet, algo que era consustancial a la concreta profesión desempeñada, sino que más bien vino por el aprovechamiento por parte de una tercera entidad que, en calidad de operador del servicio, procedió a difundirla de forma indiscriminada (tanto en vídeos de *YouTube* con grabaciones sobre jugadas hechas por particulares, como en otra serie de plataformas variopintas e incluso apareciendo como imagen de "Casinos en vivo"). Fue esta segunda parcela, consistente en la distribución desmesura de contenido a través de Internet, lo que a juicio de la Sala de Madrid supuso una vulneración sobre el derecho a la imagen de la trabajadora, toda vez que excedió con creces del objeto de los servicios contratados (concluyó que la empresa hizo *"completa dejación de su obligación de controlar y restringir la difusión de la imagen de la demandante y, sobre todo, sin que ésta fuera informada suficientemente de nada de ello"*).

En sentido contrario, también podemos encontrar otros supuestos en los que, pese a que la empresa comparta vídeos promocionales en los que ha participado algún empleado/a, los tribunales han descartado que se haya producido una intromisión en la esfera de la propia imagen de sus titulares, normalmente -y principalmente-, porque estos eran conocedores del destino final de las grabaciones y consintieron aparecer en las mismas o, en menor medida, cuando la información gráfica de una persona no era plenamente reconocible.

Un claro ejemplo de lo primero lo podemos encontrar un pronunciamiento del TSJ de Madrid dictado en el año 2016[32], que gravitó sobre unas personas trabajadoras que acudieron y participaron voluntariamente en un acto o reunión festiva de la empresa con baile (un "Flashmob"). En el juicio quedó acreditado que las personas trabajadoras eran plenamente conscientes que en dicho evento se tomarían fotografías y grabaciones videográficas y que todo ello se hizo con ocasión de la apertura de una nueva tienda de la empresa y que, además, esta informó que dicho material se iba "a colgar" en Internet y algunas fotos se podrían utilizar en folletos (finalmente: el material obtenido se "subió" a *YouTube* y a *Facebook*). Ante este escenario, la Sala de Madrid razonó que si los demandantes participaron en la citada fiesta de forma voluntaria y además sabían que en la misma se iban

[31] STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:14401). La sentencia del TSJ de Madrid confirmó el pronunciamiento de instancia que condenó a la empresa al abono de una cuantía de 5.000 euros.

[32] STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:9188).

a realizar captaciones audiovisuales con fines publicitarios, no se puede entender vulnerado el derecho fundamental a su imagen. También se consideró relevante a estos efectos que no todas las personas de la empresa acudieron al evento, sino que solamente lo hicieron las que voluntariamente aceptaron asistir. En este sentido, el pleno conocimiento de la finalidad del acto y la asistencia al mismo sin oponerse a la capción de imágenes puede ser asumido como una suerte de "consentimiento tácito", pues de la lectura de la sentencia no se desprende que este mediara por escrito. Por lo demás, como el asunto se ventiló a través del procedimiento de derechos fundamentales, descartada su vulneración, ya no se entró en una valoración más detallada sobre una posible instrumentalización comercial o sobre derechos económicos, pues la Sala consideró que estos no forman parte del contenido del derecho consagrado en el art 18.1 CE.

Siguiendo con este tipo de supuestos, la propia Sala de Madrid[33], también resolvió un asunto en el que el problema consistió la demanda planteada por una trabajadora tras la publicación de unas fotografías que aparecieron en tres medios especializados del sector agrario difundidas por la Agencia Efe en relación con un reportaje realizado en el seno de una concreta empresa. La presencia de los medios de comunicación en los locales de la empresa no fue una actividad que fuera una iniciativa de la empresa, sino que acudieron al ser llamados por el Gabinete de Prensa de las Autoridades Locales y las personas trabajadoras fueron informadas de dicha visita. Ante dicha visita, una trabajadora manifestó su deseo de no ser grabada durante el reportaje y, por tal motivo, el jefe de Marketing de la empresa informó a los medios de comunicación que no la grabaran. Pero, pese a estas cautelas, la imagen de la trabajadora salió finalmente en el reportaje. Una vez aclarado que la trabajadora sí que salió en la publicación y que esta no quería hacerlo, el debate se centró en el ya comentado "principio de recognoscibilidad". De la lectura de la sentencia se desprende que la fotografía se enmarcaba en un plano general en el que se observaba una maquinaria de grandes dimensiones y productos en cajas apiladas, así como una persona con gorro y bata, de perfil, cerca de la parte posterior de la maquinaria y en plano posterior a las cajas. Analizando esta imagen la Sala de Madrid entendió que esta se integra en un plano general en el que, además y con mayor relevancia, se presentan una maquinaria y productos de la empresa. La persona que figura en ella no tiene una prevalencia sobre el conjunto de la imagen y, dado que aparecía de perfil, no se reconocía de forma clara. Ciertamente, los compañeros de trabajo sí que la podrían reconocer, pero no tanto

[33] STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TSJM:2015:13682). En sentido similar se pronunció la SJS nº4 de Oviedo 350/2024 de 12 julio de 2024 (ECLI:ES:JSO:2024:1359), en un supuesto de publicación con fines publicitarios en redes sociales en el que quedó acreditado que la persona que demandó había sido informada de la finalidad promocional, siendo que las imágenes fueron tomadas de frente, sin ocultación y en las personas trabajadoras posaron sonrientes. Además, constaba acreditado que esta misma persona ya había participado en otras campañas anteriores y que acudir a las mismas no era un acto obligatorio.

por su cara, sino por el lugar en el que se tomó la fotografía, dónde normalmente esta desempeñaba su trabajo. Por lo tanto, la Sala concluyó que no se utilizó a la persona como una forma de promoción de la actividad empresarial y, al no resultar claramente reconocida, no se vulneró su derecho a la propia imagen.

También se descartó la vulneración de este derecho en el caso de un monitor de educación física que tenía que compartir unos vídeos en el marco del programa "ponte en forma desde casa", que posteriormente se "colgaron" en las redes sociales para dar servicio durante el confinamiento derivado de la pandemia del Covid-19[34]. El Ayuntamiento que prestaba el servicio "subía" los vídeos a su propio canal de *YouTube* con acceso público sin cobrar cuota alguna a los usuarios por los servicios deportivos prestados durante los momentos iniciales de la pandemia. Sin embargo, con fecha 11 de febrero de 2021, el demandante remitió un escrito solicitando que los vídeos fueran solo accesibles a las personas matriculadas en las clases de pilates, momento en el que el Ayuntamiento pasó a restringir el visionado de los mismos en la forma solicitada con fecha de 15 de febrero de 2021. En definitiva, la Sala Manchega no admitió la petición del trabajador, toda vez que el Ayuntamiento le había informado previamente de la publicación de los vídeos en su canal de *YouTube* y este mostró su consentimiento al remitir los vídeos cortos, sin mostrar inicialmente ninguna oposición. Posteriormente, cuando retiró su consentimiento para su acceso por parte del público en general, el Ayuntamiento acogió su petición. En este concreto punto, sí que me gustaría aclarar que el consentimiento prestado en un primer momento es posible que se revoque con posterioridad, por lo que en estos casos la empresa debe de tratar de atender esta petición[35].

Siguiendo con el uso de la imagen de las personas trabajadoras con fines promocionales, pasaré a comentar a continuación una práctica que es bastante habitual en algunas profesiones concretas o sectores de actividad. Se trata de la inclusión en la página web de la empresa de algunos datos profesionales de las personas trabajadoras publicados junto con su imagen. Esto suele ser bastante común en sectores o profesiones en los que las aptitudes, capacidades y logros de las personas pueden resultar de interés para los clientes. Probablemente, con esta práctica se pretenda lograr una cierta cercanía con la clientela, o bien generar confianza al mostrar la imagen de las personas junto con algunos de sus logros académicos y profesionales. En este contexto, la incorporación de la imagen de algunas personas trabajadoras puede utilizarse como una especie de distintivo de la calidad del servicio, circunstancia que adquiere una mayor relevancia cuando alguien cuenta con un reconocido prestigio en la disciplina. En este tipo de

[34] STSJ de Castilla La Mancha de 23 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCLM:2021:3250).

[35] Tal y como también sucedió en el caso resuelto por la SJS nº1 de León de 27 de mayo de 2022 (ECLI:ES:JSO:2022:5034). El trabajador apareció en una cuña publicitaria y la empresa, tras recibir oportuno burofax por parte del trabajador afectado ordenando su retirada, requirió a la cadena de TV para que eliminara la secuencia en la que aparecía este en un spot publicitario.

prácticas, huelga decir que para que aparezca la imagen de la persona trabajadora en la página web de la empresa es necesario que esta preste su consentimiento (ya sea con carácter previo o bien que no se oponga a dicha publicación). Ahora bien, este consentimiento está vinculado al mantenimiento de relación contractual con la empresa en cuestión, es decir, que persiste siempre que la misma se encuentre viva y la persona, claro está, no lo haya revocado. Por esta razón, en principio, cuando la persona deja prestar servicios para la empresa cabe entender que el consentimiento prestado desaparece con la extinción de la relación laboral, salvo, quizás, cuando se hubiera pactado expresamente lo contrario (así lo consideró la SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2007). Por lo tanto, si cesa el consentimiento y la empresa sigue utilizando la imagen de la persona extrabajadora en Internet, dicha publicación será ilícita. En este caso, la pervivencia de la imagen de una persona extrabajadora puede ser fruto de un olvido o quizás porque se quiera seguir utilizando la misma para los intereses comerciales de la empresa. Pero, en cualquier caso, sea de manera consciente o inconsciente, se produce una lesión en el derecho a la propia imagen de la persona exempleada.

Cuando se produzca la lesión, a la hora de fijar la indemnización resultante, hay que tratar de valorar el beneficio que pudo obtener la empresa con esta actuación ilegítima y también la difusión o audiencia del medio a través del cual se ha producido, entre otras circunstancias relevantes. Así, por ejemplo, en la SAP anteriormente citada, se tuvo en cuenta que la imagen de la exempleada no estaba en la página principal de la red, sino en una de las páginas interiores y sin un significado especial. También se concluyó que lesión no tuvo demasiada relevancia, pues no produjo ningún efecto peyorativo para la demandante, más allá de que pudiera deducirse que continuaba trabajando para la empresa. Finalmente, por lo que se refiere al impacto de la publicación, la SAP dedujo de la información que se ofrecía en la página web que las visitas no debieron de ser especialmente numerosas, más allá de las personas interesadas en el trabajo y servicios específicos que se ofrecen por la empresa. Por último, en este caso concreto, tampoco se llegó a la convicción de que existiera un beneficio notable para la demandada por el mero hecho de mantener la imagen de la actora en su página web[36]. Probablemente, la indemnización hubiera sido algo mayor en el caso de que la persona cuya imagen se ha mantenido en los medios digitales fuera de notorio prestigio en la disciplina en cuestión, cuando la reputación de la empresa fuera relevante y la fotografía se incardina en un lugar de fácil visualización. En línea con lo anterior, cabe tener en cuenta que el art. 9.3 de la LO 1/1982 señala que siempre que haya una lesión en el derecho en la propia imagen se presume un perjuicio y que esta indemnización se extenderá al daño moral *"que se valorará atendiendo a las circunstancias del*

[36] Pese a que la parte demandante solicitó una indemnización de 39.000, en la instancia se condenó a una cuantía de 500 euros, que fue confirmada por la SAP atendiendo a las circunstancias concurrentes.

caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido".

Para concluir con este epígrafe, por estar especialmente relacionado con el avance de la tecnología y por ser algo más novedosa, me gustaría comentar brevemente algunos retos que planten los "deepfakes" en este terreno. Los "deepfakes" son imágenes, audios o vídeos generados y manipulados a través de la Inteligencia Artificial (IA). En este tipo de prácticas podemos diferenciar dos tipos de imágenes generadas a través de la IA. Por un lado, en las plataformas de IA se pueden generar imágenes a través de una serie de consignas. En estos casos, la IA genera imágenes totalmente inventadas sobre unas claves que le han sido introducidas previamente. Normalmente, estas imágenes no representan la información gráfica de una persona concreta, es decir, no se trata de imitar ni reproducir la apariencia externa de una persona física real, por lo que, en principio, sin perjuicio de que puedan producir otra serie de efectos o plantear otros retos distintos, no parece que podamos entender infringido el derecho a la propia imagen de una persona (trabajadora o empresaria).

Ahora bien, a través de la IA también se pueden crear distintas situaciones o escenarios con la imagen de una persona concreta, cuyo resultado final no es real, pero sí que representa los rasgos característicos físicos (apariencia externa) de una persona física. De este modo, a través de esta técnica la IA puede coger la imagen de una persona y transformarla para introducirla en un contexto concreto, normalmente simulado. Esta técnica puede contener un amplio potencial para situar a personas trabajadoras en un escenario simulado que tenga una finalidad comercial. Por su parte, las personas trabajadoras también pueden simular la imagen del empresario para incardinarlo en un determinado contexto con la finalidad de conseguir algún objetivo concreto. Cuando esto se hace con motivo de burla o con el ánimo de ofender a alguien, es decir, con la finalidad de comprometer y dañar la imagen de una persona también habrá que analizar una posible intromisión en la esfera del derecho honor. Sin embargo, cuando no se pretende dañar la imagen de otra persona, sino que simplemente se utiliza con fines promocionales, el análisis se centra de nuevo en la posible vulneración del derecho a la propia imagen. En este contexto, quizás lo primero que nos podamos llegar a plantear es si este tipo de imágenes generadas con IA pueden entrar dentro del concepto de "caricatura", dado que la utilización de las mismas puede quedar fuera de la vulneración de este derecho (art. 8.2 b) LO 1/1982). De acuerdo con la RAE, una caricatura es un "*dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguien*" o también una *"obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto*". Antiguamente, las caricaturas se realizaban a mano por parte de la técnica de dibujo de su autor/a. Pero, desde luego, la IA también puede generar caricaturas y cuando quede claro que lo que se ha creado es una de estas imágenes de carácter satírico entiendo que cabrá aplicar la jurisprudencia que interpreta es tipo de humor en su conexión con la eventual vulneración del derecho a la imagen.

Sin embargo, como he anticipado, la IA también puede copiar una imagen de una persona física concreta, con todos sus rasgos, para incardinarla en una situación, contexto o fórmula que pueda ser utilizada con fines comerciales por la empresa. En estos casos, pese a que la captación de la imagen no haya sido a través de una fotografía o vídeo convencionales, entiendo que esto no se puede hacer sin el necesario consentimiento previo de su titular. Además, la empresa debe de informar que la imagen procesada con IA va a utilizarse en con fines promocionales. De tal manera que, si a través de la IA se genera o se incluye la imagen de una persona trabajadora en una actividad promocional de la empresa, debemos de entender que se lesiona este derecho fundamental siempre y cuando la persona no haya autorizada esta cesión y su apariencia externa sea reconocible.

Esta misma conclusión se puede extraer en el caso contrario, es decir, si es una persona trabajadora la que utiliza la imagen del empresario persona física sin su consentimiento.

Por el contrario, existen actividades profesionales que *per se* llevan aparejada la cesión de la imagen, por lo que en estos casos, el empresario podrá utilizar la IA para mejorar sus actividades promocionales estando el consentimiento implícito en el contrato de trabajo (aunque este no le faculta para una cesión indiscriminada o la utilización de la imagen a través de "deepfakes" para otras finalidades no consentidas).

En definitiva, el potencial de la IA en relación con la generación de imágenes o vídeos es cada vez más elevado y abre nuevas posibilidades a la hora de crear escenarios ficticios que pueden ser utilizados con fines promocionales, pero, en este terreno entiendo que debe de permanecer intacto el respeto a los derechos fundamentales, en nuestro caso, el derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras. Por esta razón, cuando la imagen que ha sido creada a través de la IA copia exactamente la apariencia física externa de una persona concreta, tenemos que aplicar los parámetros "clásicos" que pueden llevarnos a valorar si se ha producido o no una lesión sobre este concreto derecho.

5. LA CAPTACIÓN Y DIFUSIÓN DE LA IMAGEN DEL EMPRESARIO/A POR PARTE DE LA PERSONA TRABAJADORA

Aunque sea un escenario menos común, en este epígrafe me gustaría analizar el supuesto contrario, es decir, cuando es la persona trabajadora la que vulnera el derecho a la propia imagen del empresario/a. En este terreno, antes que nada, cabe aclarar que, de acuerdo con lo que ya se resolvió por la STS -Civil- de 21 de mayo de 2009[37], por su lógica naturaleza, el derecho a la propia imagen sólo tiene sentido

[37] STS -Civil- de 21 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3294). El caso concreto consistió en un pleito que inició la EMT de Madrid frente a una cadena de televisión por la aparición de un autobús en una conocida serie de televisión de aquella época.

predicarla en relación con las personas físicas. Por esta razón, los signos asociados a la imagen de las personas jurídicas están protegidos en su caso mediante otra serie de derechos, tales como la regulación de la propiedad intelectual e industrial, cuya vulneración no comporta por sí misma la infracción de un derecho fundamental. De lo anterior tenemos que deducir que no vulnera el derecho a la imagen cualquier captación o reproducción del emblema corporativo de una empresa por más que esta sea difundida por alguna persona trabajadora. Las publicaciones en Internet o redes sociales llevadas a cabo por las personas trabajadoras en contra de su empresa pueden llegar vulnerar, en su caso, su derecho al honor siempre que se acredite que vienen acompañadas por comentarios que rebasan los límites de la libertad de expresión[38], pero en ningún caso podemos considerar que se trasgreda el derecho a la propia imagen por el motivo aducido con anterioridad.

Cuestión distinta puede ser, seguramente, cuando la imagen difundida por una persona trabajadora es la de una concreta persona física, a saber, algún miembro que ocupe el cargo de administración de la empresa. En esta línea podemos encontrar algún pronunciamiento aislado[39] que, por ejemplo, que resolvió la demanda que se le planteó en relación con la distribución de un cartel que incluía la fotografía del director de la empresa pegado en su vehículo, dentro y fuera de su lugar de trabajo, junto con algunos comentarios. Cuando la libertad de expresión se ejerce de tal manera la lesión también incide sobre el derecho a la imagen.

En línea con lo anterior, entiendo que cuando es una persona trabajadora la que capta la imagen del empresario/a entran en juego las reglas generales que, como sabemos, consisten en que, para poder captar, reproducir y/o publicarla, resulta indispensable contar con el consentimiento inequívoco de su titular, siendo excepcionales los supuestos en los que no se requiere dicha autorización. En estos casos debemos dejar de lado el análisis sobre el objeto del contrato, es decir, sobre la concreta profesión desarrollada o, en su caso, sobre la existencia de cláusulas limitativas de la cesión de derechos que, razonablemente, nunca van a existir en esta relación inversa de los acontecimientos (es decir, cuando la lesión la provoca la persona trabajadora frente al empresario/a). Aquí no existe una relación de subordinación y, por esta razón, normalmente la captación o difusión de las imágenes ocurren de una manera espontánea. Por esta razón, el elemento central sobre el que debe de girar el análisis es el del consentimiento previo de su titular: ya sea para aparecer en un cartel, en publicidad o bien en una página de Internet o en redes sociales. Pero, también, evidentemente, cabe atender en estos casos el ya explicado "principio de recognoscibilidad", que entiendo que no puede escapar del canon para enjuiciar todos estos supuestos. Cabe recordar que, en virtud de este, el

[38] Puede verse el análisis de varias sentencias de este tipo, por ejemplo, en la monografía de mi autoría titulada: *La incidencia de las redes sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal*, Ed. Francis Lefebvre, 2020.

[39] STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:5878).

órgano judicial va a tener que entrar a valorar si la imagen de la persona que ocupa los cargos de alta gestión en la organización empresarial se puede apreciar de forma más o menos nítida o si, por el contrario, aparece como un elemento circunstancial de la publicación y que, por ende, resulta bastante difícil el reconocimiento de su apariencia externa. Así, por ejemplo, podemos pensar en una persona trabajadora que hace un "selfie" que comparte por redes sociales en la que aparece la figura del empresario/a de fondo, en un segundo plano o cuya identificación resulta más o menos confusa (seguramente, aunque no exista consentimiento, el derecho a la imagen no resultará afectado cuando en este caso por no superar el "canon de recognoscibilidad").

Desde luego, en este contexto también considero que entran en juego las excepciones del art. 8 LO 1/1982. Estoy pensando, por ejemplo, cuando una persona trabajadora "cuelga" una publicación temporal en la que el empresario/a está en un evento corporativo público, o cuando está en la mesa de oradores o de panelistas, etc. En estos casos, muchas veces, el empresario/a, en función de la empresa que sea, puede ser una persona notoria que ocupa un cargo de proyección pública. Por lo que si un/a empleado/a sube una publicación a sus redes sociales para mostrar a los demás usuarios que está en un congreso o en un evento concreto, podemos considerar que la imagen del empresario/a deberá de sacrificarse en aquellos casos en los que, aun sin su consentimiento, se capta, reproduce o publica un documento gráfico en el que la persona aparece -aun de manera no accesoria- en el citado acontecimiento público que posea el rasgo de noticiable, especialmente, cuando el acto está relacionado con su cargo o profesión de notoriedad. Por lo tanto, el carácter "noticiable de la información" se erige en este punto como el "criterio fundamental" y "decisivo" -tal y como ya se reconoció por la STC 27/2020, de 24 de febrero-). En este sentido, resulta necesario valorar si lo que ha publicado la persona trabajadora en Internet o en cualquier otra plataforma social, es una información que posee relevancia por contribuir a la formación de la opinión pública o a un debate de interés general, o bien es otra cosa distinta. Puesto que, de lo contrario, si se descarta el "interés público" del reportaje, resultará irrelevante la proyección pública del personaje o que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público, pues dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen (STC 19/2014, de 10 de febrero). Por su parte, cuando la imagen es de un particular, en nuestro caso una persona empleadora anónima o desconocida, o lo que es lo mismo, que no ejerce cargo público o una profesión de notoriedad, por más que sea captada en un lugar público no puede utilizarse sin su expreso consentimiento, salvo en dos supuestos (para la STC 27/2020, de 24 de febrero estos dos supuestos son los siguientes: *"en primer lugar, aquel en el que la persona aparezca en la fotografía de manera meramente accesoria e intrascendente, sin protagonismo alguno. En segundo término, en el caso de que la participación en el acontecimiento noticiable de la persona inicialmente anónima fuera principal o protagonista, en cuyo caso su derecho fundamental a la imagen*

deberá ceder frente al derecho a la información, precisamente debido al papel no accesorio que ha asumido el propio sujeto").

En definitiva, a mi modo de ver podemos considerar que sí que se vulnera el derecho a la propia imagen cuando la imagen ha sido tomada sin el consentimiento del empresario/a y no podemos acudir a las anteriores excepciones, o bien cuando sea obtenida de otra publicación de Internet y sea difundida en otro medio sin su consentimiento y, en ambos casos, siempre y cuando la apariencia externa de la persona concreta sea reconocida.

En fin, cuando el empresario/a considere que una persona trabajadora ha vulnerado su derecho a la propia imagen puede emprender dos tipos de acciones que no son mutuamente excluyentes entre sí:

1) En primer lugar, puede optar por sancionar a la persona trabajadora de acuerdo con el principio de graduación de las sanciones establecida en el Convenio Colectivo de aplicación. Naturalmente, esta sanción podrá ser objeto de impugnación por parte de la persona trabajadora, en cuyo pleito se tendrá que valorar si se ha producido una lesión sobre el derecho a la propia imagen del empresario/a y, en su caso, si la sanción impuesta es adecuada y proporcionada. En principio, cabe entender que, si la conclusión es que se ha producido una lesión sobre el derecho a la imagen, el recurso al despido estará cómo regla general justificado.
2) De otro lado, el empresario/a también puede optar por demandar dentro de la jurisdicción social a través del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales en busca de un pronunciamiento que repare el daño causado, que puede pasar desde la declaración de la vulneración del derecho en cuestión hasta el reconocimiento a su favor de una indemnización por el daño moral padecido.

6. ALGUNAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS CUANDO LAS IMÁGENES HAN SIDO PUBLICADAS EN REDES SOCIALES POR PARTE DE TERCERAS PERSONAS: LA EVENTUAL NULIDAD DE LA PRUEBA

Tal y como he comentado previamente, el avance de la tecnología y la proliferación en el uso de las redes sociales plantea nuevos retos jurídicos en relación con el derecho fundamental a la propia imagen y algunos de ellos ya los he ido desgranando. Por ello, en este concreto epígrafe me voy a centrar en tratar de valorar la interpretación que están dando los tribunales a la prueba obtenida de imágenes "colgadas" en redes sociales por parte de terceras personas, señaladamente, si cuando la persona titular del derecho no la comparte se puede entender vulnerado su derecho a la propia imagen. Se trata, en suma, de un supuesto distinto al de la eficacia probatoria de las publicaciones "subidas" por la propia

persona trabajadora sancionada, toda vez que aquí el derecho a la imagen no se ha puesto en tela de juicio, sino que, en su caso, el debate ha girado en torno a la posible existencia de una razonable expectativa de confidencialidad o privacidad[40]. Sin embargo, cuando una fotografía o vídeo ha sido "colgado" por una persona que "etiqueta" a otra entiendo que debemos de plantearnos si esta última ha consentido o no el uso de su imagen. En cualquier caso, ambos problemas giran en torno sobre las posibilidades legítimas que tiene la empresa a la hora de "pescar en ese caudaloso río"[41] que son las redes sociales para poder extraer información de una manera más indirecta.

Para intentar solucionar este interrogante debemos de conocer previamente que el funcionamiento de las redes sociales permite la difusión de información personal, incluida la reproducción gráfica de las personas y que esto, a la postre, se puede traducir en una pérdida de control sobre la información suministrada por el propio usuario. De tal modo que, es muy probable que los usuarios que publican en una red social no siempre compartan información sobre sí mismos, dado que muchas veces también lo hacen sobre personas a las que muy probablemente no hayan solicitado su consentimiento.

Todo lo anterior no significa, ni mucho menos, que las personas queden dentro de estas plataformas despojadas de sus derechos fundamentales, entre ellos, el relativo a la propia imagen. En este contexto tecnológico, la STC 27/2020, de 24 de febrero, ya asentó que deben de pervivir los principios básicos aplicables al entorno analógico y, con ello, hay que partir del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales dentro de estas plataformas por lo que, en el concreto caso de la imagen, se tiene que exigir la autorización inequívoca de su titular para que pueda llevarse cabo la captación, reproducción o publicación de la mismas en redes sociales. De hecho, el dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, referido a las redes sociales ya recomendaba a los usuarios que *"no pongan en línea fotografías o información relativa a otras personas sin su consentimiento"*. De suerte que, en principio, la publicación de contenidos con información de terceros, en nuestro caso una imagen, no puede ser realizada sin la autorización del titular del derecho, pues, en definitiva, los avances tecnológicos no pueden suponer una merma en los estándares protectores sobre los derechos fundamentales[42].

[40] Para más información sobre este problema jurídico se puede acudir al siguiente libro: Taléns Visconti, Eduardo Enrique. *La incidencia de las redes sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal*, Ed. Francis Lefebvre, 2020. Por ejemplo, se ha descartado que vulnere el derecho a la propia imagen cuando la fotografía publicada en Facebook ha sido compartida por la propia trabajara sancionada (STSJ de Cataluña de 28 de octubre de 2022 -ECLI:ES:TSJCAT:2022:9393-).

[41] Expresión muy acertada que ha sido acuñada por Mercader Uguina, Jesús Rafael. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, cit., p. 170.

[42] En este sentido, Revuelta Pérez, Inmaculada. "La tutela administrativa del derecho a la propia imagen. En particular, en las redes sociales", *El Derecho la Imagen desde todos los Puntos*

Con anterioridad al pronunciamiento dictado por parte del TC, la STS (Civil) de 20 de julio de 2018[43] optó por una interpretación más flexible. La Sala de lo Civil consideró que la prestación de consentimiento para la publicación de una imagen en Internet conlleva el consentimiento para la difusión de la misma cuando, por sus características, sea una "consecuencia natural" del carácter accesible de los datos e imágenes publicados. La respuesta será distinta cuando la ilegitimidad resulte evidente por su contenido o por las circunstancias que las rodean, toda vez que la publicación que nace con carácter ilegítimo no legitima la reutilización pública de tales imágenes[44]. Dicho de otro modo, si una publicación vulnera el derecho a la propia imagen, la difusión la misma es igualmente ilegítima. En cualquier caso, el TS también parte de la premisa general (compartida por el TC) que consiste en sostener que *"salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen"*. De tal manera que el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales no significa que lo privado se haya convertido en público siempre y en todo caso puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de "lugar público" del que habla la Ley Orgánica 1/1982. Con todo, el TS interpretó que cuando existe una imagen previamente publicada en Internet y se comparte en una red "retuiteándola", insertándola directamente en otra cuenta o insertando un "link" al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio, hay que excluir el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, siendo, según expresa el propio Tribunal y ya he anticipado con anterioridad: una "consecuencia natural" de la publicación consentida en un determinado sitio web de acceso general.

Como se puede apreciar, la postura que mantiene el TC parece que se decanta por una mayor protección del derecho fundamental a la propia imagen, puesto que exige que el titular debe autorizar su captación y los fines para los que la otorga. Por lo tanto, cuando el consentimiento se presta simplemente para la captación de la imagen, este no se entiende extendido a otros actos posteriores, como puede ser, por ejemplo, su publicación o difusión por redes sociales. Por su parte, la autorización de una concreta publicación en la red social tampoco se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. En línea con lo anterior, la propia STC de 24 de febrero de 2020 señala que no existe un consentimiento indefinido y

de Vista, Monografía Asociada a la Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 9, 2011. p. 387.

[43] STS (Pleno) de 20 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2748).

[44] Sempere Navarro, Antonio Vicente. "La intimidad del trabajador frente al tuiteo de compañeros (Al hilo de la STS 476/2018, Sala de lo Civil)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018 (BIB\2018\13818).

vinculante distinto de aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada y, por este motivo el usuario de una red social *"que "sube", "cuelga" o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.)"*. Este consentimiento tampoco se puede deducir por la inscripción y registro de la persona en una concreta red social, puesto que el contrato suscrito por ambas partes dentro de la plataforma se asemeja a los llamados "de adhesión".

La interpretación llevada a cabo sobre este consentimiento y la dinámica presente en las redes sociales se complica todavía más cuando la persona que aparece en la publicación de un tercero ha sido "etiquetada", es decir, en cierta medida "informada" de dicha publicación y, pese a ello, no ha reaccionado en contrario frente a la misma. Desde mi punto de vista, aquí nos encontramos con un matiz que es necesario tener en cuenta, pues la difusión de la imagen no se produce sin conocimiento de su titular, por lo que hay que valorar en estos casos es si, de alguna manera u otra, se puede entender que la autoriza. En estos casos, algún pronunciamiento se ha mostrado a favor de la nulidad de la prueba obtenida de este modo[45]. Para la sentencia acabada de citar en nota pie de página no pueden tener eficacia probatoria unas imágenes "colgadas" en Instagram por una compañera de la trabajadora sancionada y aunque no "conste que se opusiera" a la publicación, esto no equivale a una "autorización inequívoca" para ser observada.

Por el contrario, la misma Sala[46] dio una solución distinta en otro pronunciamiento posterior y, con este, nos abre nuevos horizontes interpretativos sobre este tema. En el caso concreto la empresa obtuvo unas fotos y un vídeo del perfil de una excompañera de trabajo de la actora a través de la red social *TikTok*. A diferencia del anterior pronunciamiento, esta vez la Sala diferencia dos esferas: la primera es la cesión de la imagen en el momento de tomarse las fotografías o grabarse el vídeo de *TikTok*, dónde cabe deducir que si la trabajadora aparece en ellos es porque prestó su consentimiento; la segunda consiste en dilucidar si finalmente autorizó o no que la imagen fuera difundida en *TikTok.* Respecto de este segundo eslabón la Sala argumentó que la mayoría de redes sociales y, en concreto *TikTok*, "*tienen habilitados ciertos mecanismos cuyo propósito es salvaguardar ese derecho, por lo que si la persona que captó las imágenes, sea o no su consentimiento, si después las pública, y las etiqueta, el sistema automáticamente lo pone en su conocimiento de la persona etiquetada para que ejerza su derecho a pedir que las elimine de la red social, y si el usuario de la red y en definitiva quién las ha colgado, se niega, la persona etiquetada puede denunciar a TikTok dicha situación exponiendo las razones por la que considera que dichas fotos o vídeos no deben ser publicados, y si no funciona, siempre le queda abierta la puerta para presentar la correspondiente denuncia ante los órganos jurisdiccionales en*

[45] STSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:8040).

[46] STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2025 (ECLI:ES:TSJCAT:2025:1308).

la defensa de sus derechos. Por lo tanto, si la persona activa cualquiera de estos mecanismos nos está dando a entender que no ha querido que su imagen "circule" por la red social, pese a que en un primer momento no se opusiera a su captación. Sin embargo -y vuelvo a entrecomillar la postura del Tribunal-*"en el supuesto de que la persona etiquetada nada oponga frente a la persona que las colgó, una vez que se hacen públicas, se entiende que dio su consentimiento para su exhibición pública y, por tanto, para que puedan ser captadas por terceros de la red social"*.

A mi modo de ver, la nulidad de prueba puede venir perfectamente provocada por el hecho de que la forma de conocer un ilícito laboral derive del visionado una fotografía o vídeo publicados por un tercero, afectando con ello al derecho a propia imagen de la persona sancionada. Pero, para ello, tendremos que descartar que la persona haya consentido la difusión de su imagen. En este sentido, desde mi punto de vista, cuando en la fotografía o vídeo no aparece "etiquetada" la persona que sale en esta publicación, no podemos deducir que se haya prestado el consentimiento para la difusión, por lo que, si este no puede ser acreditado a través de otras vías, la prueba tendrá que considerarse nula, siendo expulsada del proceso. Ahora bien, cuando la publicación debatida sí que muestra "etiquetas", entiendo que podemos afirmar que la red social ha informado a la/s persona/s "etiquetada/s" de manera inmediata, por lo que se abre a partir de entonces la oportunidad a estas últimas para poder denunciar o solicitar que se elimine la publicación. La oposición por parte del titular del derecho también puede quedar registrado a través de un simple mensaje en que le solicite a la persona que ha compartido la imagen que la retire. Por este motivo, creo que sí que podemos llegar a deducir que si la persona "etiquetada" no hace nada de lo anterior, su inactividad puede ser entendida como una suerte de consentimiento tácito.

Cabe recordar en este punto que la legislación y la jurisprudencia que ha sido citada a lo largo de este estudio exigen que el consentimiento sea inequívoco, pero es cierto que este se puede deducir cuando se haya prestado por escrito, de forma verbal o incluso tácitamente. En línea con lo anterior, entiendo que el interés o las molestias que la persona se haya tomado a la hora de evitar la captación o la difusión de su imagen es un aspecto que hay que valorar. Por lo tanto, si presumimos que cuando la persona que ha sido "etiquetada" no ha iniciado ningún trámite para desautorizar la publicación o para oponerse a la misma, podemos entender que ha prestado su consentimiento. En definitiva, en este último escenario, la prueba no será nula, por lo que la imagen o vídeo podrá ser tenido en cuenta por parte del órgano judicial para resolver el pleito planteado. Por lo demás, entiendo que esta interpretación que estoy defendiendo se ajusta plenamente a la jurisprudencia del TC citada con anterioridad.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: ASPECTOS QUE HAY QUE TENER EN CUENTA A LA HORA DE RESOLVER ESTE TIPO DE CONFLICTOS

A la vista de todo lo que he ido exponiendo a lo largo de este estudio, voy a tratar de sintetizar en este epígrafe conclusivo cuáles son los diferentes aspectos que hay que tener en cuenta a la hora de resolver los conflictos que se susciten en este ámbito.

Uno de los primeros aspectos que, sí o sí, hay que valorar en relación con la eventual afectación del derecho a la propia imagen es la concreta profesión u oficio que desempeña la persona que invoca su vulneración. En este sentido, cabe tener en cuenta que existen algunas actividades profesionales que llevan aparejada, con una relación de conexión necesaria, una restricción del derecho a la imagen. Consecuentemente, si, teniendo en cuenta la naturaleza de la profesión, la persona trabajadora acepta prestar tareas de esa índole, no puede luego invocar una intromisión ilícita en su derecho fundamental a la propia imagen para eximirse de su realización, siempre, claro está, que la restricción que se le impone no resulte agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) o de intimidad[47]. Entre otras sentencias que han sido citadas a lo largo de este estudio, podemos traer a colación en este concreto punto la conclusión alcanzada por parte de la STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2017[48], que tuvo en cuenta que una trabajadora fue contratada por la empresa demandada para la realización de una pieza audiovisual precisamente "con fines publicitarios" e interviniendo de facto como actriz de reparto, todo ello para poder descartar la vulneración de su derecho a la propia imagen. A tales efectos, la Sala madrileña expresó lo siguiente: *"resulta palmario que por la propia la naturaleza del trabajo contratado en este caso las tareas encomendadas a la demandante implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que legitimaba a la empresa para la difusión de su imagen"*. En cualquier caso, quizás lo más interesante de este pronunciamiento consiste en que pese a que las partes sí que suscribieron un documento de cesión de derechos de imagen de contenido amplio y flexible, sin limitación temporal ni espacial, este era totalmente prescindible, dado que, atendiendo a la concreta prestación de servicios, ni siquiera haría falta suscribir un contrato o una cláusula de este tipo (conclusión similar a la llegó la STS de 10 de abril de 2019 a la que aludiré un poco más abajo). Por lo demás, también quedó acreditado que la trabajadora era plenamente consciente de que se iba a difundir su imagen con fines publicitarios y comerciales autorizando tal difusión a la empresa, de manera que no cabe colegir infracción alguna a su derecho fundamental a la propia imagen. También se

[47] Véase en este sentido la STSJ de Castilla La Mancha de 23 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCLM:2021:3250).

[48] STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2017 (ECLI: ES:TSJM:2017:9872).

entendió que resultaba inherente a la relación laboral la imagen de un empleado de bingo que salía en el circuito de televisión del local, pues por el tipo de empresa y actividad desarrollada exigía hacer públicas todas las cuestiones relacionadas con el desarrollo del juego frente a la clientela[49].

La segunda cuestión que hay que tener en cuenta en estos supuestos enlaza con lo anterior, puesto que, una vez que se ha descartado que la profesión u oficio desempeñado lleva intrínseca la cesión de la imagen, hay que entrar a valorar si la empresa ha informado de la finalidad de la captación de la apariencia externa de la persona trabajadora. De este modo, la empresa tiene que acreditar que ha informado a la persona trabajadora que en un concreto acto, evento o situación de que se trate, se van a tomar imágenes (a través de fotografías o vídeos). Pero, evidentemente, no basta sólo con esto, dado que también se tiene que acreditar que se le ha informado sobre de la finalidad de las captaciones audiovisuales, ya sea porque se van a difundir en Internet o en redes sociales, porque van a ser objeto de un reportaje periodístico o, en definitiva, que van a ser utilizadas con carácter comercial. En consecuencia, si en el juicio se logra acreditar que la persona trabajadora estaba perfectamente informada del destino o la finalidad real de las grabaciones y, pese a ello, consiente dicha cesión, no podremos concluir que se haya lesionado su derecho a la propia imagen.

En línea con lo anterior, cabe apuntar que el consentimiento de las personas trabajadoras puede recabarse en cualquier momento. De este modo, el TS ha admitido que las empresas puedan establecer *ex ante* ciertas limitaciones sobre el derecho a la imagen a través de cláusulas en las que se informe sobre tal extremo, siempre que se recabe la firma o el consentimiento de las personas trabajadoras. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 10 de abril de 2019[50], que admitió una cláusula[51]incluida en los contratos del sector de "Contact-Center" que preveía la realización de videollamadas cuando sean necesarias para la prestación de un mejor servicio. En este contexto, el TS argumentó, además, que si se trata de la realización de funciones propias del objeto del contrato celebrado, aunque no

[49] STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 1997, rec. 2735/1996.

[50] STS de 10 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1436).

[51] La cláusula en cuestión establecía literalmente lo siguiente: "*El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de Protección de Datos de carácter personal y Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente"*. Algunos autores han considerado que este pronunciamiento supone "*un paso atrás en la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores y, en concreto, en los derechos a la dignidad y a la propia imagen del trabajador"* Monereo Pérez, José Luis y López Insua, Belén del Mar. "Derecho a la propia imagen y a la dignidad del trabajador en el reglamento general de protección de datos. Un estudio crítico a la doctrina más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 115, 2023 (consultado a través de Legalteca).

sean las habituales y la persona sí que las autoriza: *"cabe concluir que la cláusula controvertida no es abusiva, sino, más bien, informativa y a la par receptora de un consentimiento expreso que no era preciso requerir"*[52].

En cualquier caso, el consentimiento también se puede recabar para una actividad publicitaria concreta, normalmente antes de producirse la captación y/o difusión de la imagen, siempre que quede constancia del mismo de manera inequívoca. Desde luego, si se autoriza la cesión por escrito será más sencillo de acreditar ante un eventual juicio, pero, también se pueden admitir manifestaciones verbales o incluso tácitas, siendo posible probar este extremo a través de medios distintos a la documental, siempre que se pueda deducir de forma concluyente de los hechos declarados probados[53]. Lo relevante será, por ende, que el consentimiento se pueda desprender de forma clara por parte de la persona titular del derecho. En el ámbito de las redes sociales, esta autorización se deduce claramente cuando es la propia persona titular del derecho la que "sube" directamente una fotografía o un vídeo a su perfil. Pero, desde mi punto de vista, también cabe deducirlo sin fisuras cuando, tras ser "etiquetado" en una publicación de un tercer usuario decide "compartirla" en su propio perfil (opción que permiten la mayoría de las redes sociales). Mayores dudas se plantean, seguramente, en aquellos supuestos en los que la persona ha sido "etiquetada" y no ha manifestado su oposición a la misma, en cuyo caso, tal y como he tratado de argumentar en su correspondiente epígrafe, opino que podemos deducir que concurre una suerte de consentimiento tácito que probablemente podemos tildar de inequívoco. Por su parte, el derecho a la imagen también puede entenderse lesionado si la persona no ha autorizado la publicación, bien porque nunca ha sido "etiquetada" (con lo que no podemos valorar que la haya consentido) o bien cuando habiendo sido "etiquetada" ha reaccionado frente a la misma denunciándola.

Otra cuestión que considero que cabe valorar en relación con la autorización de la cesión de la imagen es si, por ejemplo, en el evento de la empresa en el que han sido captadas la asistencia de las personas trabajadoras es voluntaria o no. En este sentido, no es lo mismo que la empresa obligue a asistir a un acto o que este sea completamente voluntario (siempre y cuando, evidentemente, se haya informado de la finalidad). De este modo, si el acto comercial es voluntario y la persona trabajadora decide acudir al mismo y además lo hace sabiendo que se van a tomar imágenes que pueden ser publicadas en diferentes medios tecnológicos, va a ser bastante más complicado que se entienda transgredido el derecho a su

[52] La interpretación de este asunto por parte de los órganos de la jurisdicción social dista de la que se propone desde la Sala Civil, pues en la STS de 15 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:363) se parte de la premisa de que "*el consentimiento a la captación, reproducción o publicación de la imagen no puede ser general, sino que ha de referirse a cada acto concreto".*

[53] *Vid.* SJS n° 1 de León de 27 de mayo de 2022 (ECLI:ES:JSO:2022:5034).

propia imagen[54]. Por el contrario, cuando la empresa exija la asistencia, la persona trabajadora podrá hacer valer su *ius resistentiae* y negarse a que su imagen sea captada, en cuyo caso la empresa lo tendrá que respetar y cualquier sanción en principio tendrá que reputarse nula por contravenir un derecho fundamental. Por lo demás, el consentimiento expreso para que se reproduzca la imagen para una determinada finalidad y ámbito no implica una genérica e indiscriminada autorización para que esta pueda ser reproducida por un tercero en cualquier medio y contexto[55].

Con todo, incluso en los casos en la imagen ha sido publicada sin el consentimiento de su titular hay que pasar por un nuevo filtro, concretamente, hay que valorar si la imagen de la persona trabajadora es reconocible o no, o si la captación puede encajar en algunas de las excepciones previstas en el art. 8 LO 1/1982.

Respecto del primer aserto, se trata de aplicar el denominado "principio de recognoscibilidad", a través del cual el órgano judicial debe de entrar a valorar si la persona resulta reconocible o no observando los distintos elementos que pueden aparecer en la publicación comercial. De tal suerte que si la imagen no puede ser atribuida a la apariencia externa de una persona concreta se tiene que descartar la lesión a su derecho a la imagen, que sí que se habrá vulnerado, *a sensu contrario*, cuando sí que sea reconocible[56].

Respecto de las excepciones del art. 8 de la LO 1/1982, en esencia, lo que hay que intentar determinar es si estamos ante una autoridad o personaje notorio cuya imagen haya sido captada en un lugar público o bien que la captación haya ocurrido en un suceso o acontecimiento público en el que la imagen de la persona sea meramente accesoria. En principio, en el ámbito del trabajo asalariado normalmente no estaremos en supuestos en los que quepa desplegar la excepción aplicable a los "personajes públicos", teniendo seguramente un mayor recorrido el tema de la exclusión de la intromisión en este derecho cuando la imagen captada en acontecimiento público sea meramente accesoria y la persona no sea muy reconocible. En cualquier caso, cabe tener en cuenta que la finalidad de esta última salvedad es salvaguardar las informaciones sobre hechos o acontecimientos cuyo conocimiento general interesan a la comunidad, por lo que doctrinalmente se ha descartado que no deben de quedar amparadas la comunicaciones que decide y difunde la empresa sobre su actividad o sus servicios, toda vez que el objetivo de

[54] Por ejemplo: STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:9188).

[55] STS (Sala Civil) de 13 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:978).

[56] Es el caso de la STSJ de Madrid de 16 de noviembre 2012 (ECLI:ES:TSJM:2012:15573), citada con anterioridad, que consideró reconocible la imagen de una trabajadora pese a que se incluyeron algunos complementos de moda.

estos reportajes o publicaciones es promocional por lo que, en definitiva, aspira a lograr un incremento de su clientela y de sus resultados[57].

En último término, por lo que se refiere a la captación o difusión de la imagen del empresario/a, el análisis en cuestión se "deslaboriza" en cierta medida, puesto que normalmente solo cabe atender a criterios constitucionales y a los propios del derecho común, a saber: analizar si la persona ha autorizado o no el uso de su imagen y si la captación puede encajar en algunas de las exclusiones del art. 8 LO 1/1982. Todo ello con la particularidad añadida de que si se entiende que se ha producido una lesión sobre el derecho a la propia imagen del empresario/a este/a podrá responder frente a dicha intromisión ejercitando su poder de dirección, es decir, sancionando a la persona trabajadora que ha cometido el ilícito (además, claro está, de poder interponer una acción que reconozca la vulneración de su derecho y su consecuente reparación).

Por lo que se refiere a la reparación del daño, a la luz de las sentencias analizadas que sí que han considerado vulnerado el derecho a la propia imagen, se puede afirmar que las cuantías a las que se condena no son especialmente elevadas, siendo en algunos casos más bien algo simbólicas. En el caso de la reproducción y difusión de la imagen a través de plataformas digitales cabe tener en cuenta, entre otras variables o circunstancias aplicables al caso concreto, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se tendrá que valorar si la empresa ha obtenido beneficio con la utilización de la imagen, siendo este un concepto bastante complicado de demostrar y que se tendrá que tratar de deducir de acuerdo con las circunstancias concretas.

En consecuencia, como corolario de todo lo anterior, cabe indicar que en este terreno estamos ante un problema que el legislador ha delegado de manera deliberada en la interpretación de nuestros tribunales[58], pues serán estos los que atendiendo al caso concreto y a los hechos acreditados determinarán si se cumplen o no las circunstancias que he ido analizando a lo largo de este estudio. En este sentido, creo que sería interesante que el legislador aborde este tema de alguna manera más concreta, atendiendo a las singularidades que presenta este derecho fundamental en el marco del contrato de trabajo, para no tener que acudir a una normativa común que no está pensando en este tipo de relaciones contractuales. En este orden de valores, probablemente sería interesante que en el ET se incluyera la posibilidad de que las empresas puedan utilizar la imagen de sus empleados/as con fines promocionales y, de este modo, aprovechar esta inclusión para determinar los límites sobre este tipo de prácticas. Sería interesante, igualmente,

[57] Arrúe Mendizábal, Marta. *El derecho a la propia imagen de los trabajadores,* cit. (de la versión consultada a través de Legalteca).

[58] Cristóbal Roncero, Rosario. "Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo", cit. (BIB\2017\12358).

que se incluyera un párrafo que atendiera a la singularidad que pueden presentar los medios tecnológicos, estableciéndose algunas reglas específicas para este tipo de plataformas. Junto con ello, también se podría aprovechar para regular algunas cuestiones "adyacentes" o "colindantes" sobre el derecho a la propia imagen y la cesión de la misma, tales como algunos aspectos retributivos asociados a las relaciones que llevan aparejadas una cesión de los mismos. En cualquier caso, a falta de intervención legislativa, que se predica altamente improbable, pueden ser los Convenios Colectivos los que regulen el ejercicio de este derecho adaptándolo a los medios digitales. En último lugar, entiendo que sería interesante incluir alguna previsión específica en la LISOS en relación con la vulneración del derecho a la propia imagen de los trabajadores, de tal manera que pueda resultar algo más sencilla la tarea de tipificar y cuantificar el importe del daño moral en los casos en los que declare vulnerado este concreto derecho fundamental. Recientemente se ha producido algunos avances en relación con otros derechos fundamentales inespecíficos de la relación laboral, particularmente, sobre la protección de datos y la intimidad (con las previsiones que se incorporaron en los respectivos artículos de la LO 3/2018, de 5 de diciembre) y, desde luego, también por lo que se refiere a la tutela de la igualdad de trato y la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral (desde diversas iniciativas legislativas). Con todo, parece que el derecho a la propia imagen se ha quedado como una suerte "derecho de rango inferior" dentro de los que nuestra CE reconoce como "fundamentales", atendiendo claramente a la escasa atención y poca importancia que ha recibido tradicionalmente por parte de nuestro legislador laboral.

LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO DE TRABAJO
(Una crítica del despido libre desde el análisis económico del Derecho)*

THE COMPENSATED TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT
(A critique of free dismissal from economic analysis of Law)

Oscar Fernández Márquez
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Oviedo
ORCID: 0000-0001-6442-1101

RESUMEN **Palabras clave:** despido libre; eficiencia económica; indemnizaciones de despido

Al margen de su justicia o moralidad, el despido libre no es, pese a lo que suele pensarse desde ciertos planteamientos económicos, la mejor opción regulatoria en términos de eficiencia económica. Intentaremos aquí demostrar que un sistema legal de indemnizaciones tasadas y adecuadas, por las que se traslade a la empresa la carga de colaborar económicamente con los trabajadores en la tarea de hacer frente a la contingencia de pérdida del empleo que éstos sufren con los despidos, singularmente con los despidos arbitrarios e injustificados, pero también con los justificados por causas objetivas, consigue rebajar significativamente los costes sociales del despido, procurando así una solución asignativamente más eficiente en términos económicos. Principalmente porque de esta manera las empresas dejarán de practicar despidos no estrictamente necesarios, a sabiendas de que tendrán que pagar indemnizaciones por ello. Y, al mismo tiempo, porque los trabajadores verán reducida la necesidad de proveer por su cuenta para cubrir el riesgo de despido, lo que hará que aumente su salario disponible, rebajándose de este modo la presión de la demanda salarial sobre la empresa, que podrá entonces producir con costes más bajos. No convendría por tanto sustituir el sistema legal de indemnizaciones de despido por un sistema de despido libre.

ABSTRACT ***Keywords:*** *economic efficiency; employment at will; severance pay*

Regardless of its fairness or morality, at-will dismissal is not, contrary to popular belief, the best regulatory option in terms of economic efficiency. We will attempt to demonstrate here that a legal system of fixed and adequate severance payments, which shifts the burden of financially supporting workers to the company in coping with the contingency of job loss they suffer due to dismissals—particularly arbitrary and unjustified dismissals, but also objective ones—significantly reduces the social costs of dismissal, thus providing a more economically efficient solution. This is primarily because, in this way, companies will refrain from carrying out dismissals that are not strictly necessary, knowing that they will have to pay severance for them. And, at the same time, workers will see a reduced need to provide for themselves to cover the risk of dismissal, which will increase their disposable income, thus lowering the pressure of wage demands on the company, which will then be able to produce at lower costs. It would therefore not be advisable to replace the legal system of severance pay with a system of unrestricted dismissal.

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

 Recepción original: 14.11.2025. Aceptación: 12.12.2025

ÍNDICE

1. Introducción
2. El debate sobre el despido: libertad, prohibición, indemnización
3. La extinción del contrato de trabajo como accidente o evento dañoso
4. La naturaleza contingencial, no indemnizatoria, de las situaciones de despido
5. La autoprotección individual de los trabajadores frente al despido
6. La colaboración de la empresa en la cobertura del riesgo de despido
7. Racionalidad del sistema de indemnización legal y tasada
8. Final

1. INTRODUCCIÓN

Si asumimos que los empresarios contratan a los trabajadores por una razón, movidos por el interés en aumentar sus ganancias, no parece que tenga mucho sentido que extingan luego por capricho los contratos de trabajo. Los despidos gratuitos o por antojo no son ciertamente coherentes con la lógica de la acción humana -son conductas absurdas en términos praxeológicos- y no encajan tampoco con los principios y reglas de funcionamiento de la economía de mercado. Todo despido, como el previo acto de contratar, ha de tener por tanto cierto fundamento o base de apoyo. Las normas laborales discriminan entre tales fundamentos o bases señalando selectivamente las causas por las que legalmente quedará justificado el despido. Sin embargo, por las razones a las que venimos aludiendo, no determinan que los despidos sin respaldo legal constituyan necesariamente despidos arbitrarios. Estos propenderán por el contrario a contar con algún tipo de fundamento o justificación económica. Podrán carecer de causa legal, por no corresponderse con alguna de las situaciones típicas en las que la norma laboral autoriza el despido, pero no carecerán totalmente de apoyo o justificación. Serán *mala prohibita,* pero no necesariamente *mala in se*.

El matiz es muy importante porque puede condicionar decisivamente el tratamiento jurídico que deban merecer los despidos sin causa legal. En efecto, frente a la consideración -*simpliciter*- de los mismos como actos puramente ilícitos, es decir, conductas radicalmente antijurídicas que deben ser revertidas a toda costa, y respecto de las que el sistema jurídico debiera mostrar tolerancia cero -este es de hecho el enfoque generalizado en el iuslaboralismo-, sería posible ensayar –*secundum quid*- una aproximación alternativa en la que los despidos sin causa legal, en cuanto que sí podrían tener algún tipo de fundamento, no deberían ser considerados radicalmente ilícitos sino simplemente carentes de la causa típica legalmente habilitante al efecto, circunstancia a partir de la que podría derivarse cierto grado de tolerancia del sistema jurídico con los mismos. Ya no se trataría por tanto de proscribir a toda costa los despidos sin causa legal, considerándolos irremisiblemente ilegales, sino más bien de condicionarlos por no estar incluidos en el elenco de causas legales de despido -veremos que sujetando su práctica a un

precio, las indemnizaciones de despido-, sin considerarlos radicalmente prohibidos, al contar, o en la medida en la que contaran, con cierta razón de ser o fundamento económico. Los despidos sin causa legal típica respaldados con determinada justificación material, más que "ilegales", podrían pasar a ser vistos simplemente como despidos "sin causa legal típica", en el entendido de que la habilitación de los despidos por causas legalmente típicas implicaría simplemente que cabe el despido por tales causas pero no impide que pueda producirse lícitamente también por causas fundadas legalmente atípicas, asumiendo que las causas típicas del despido no tendrían necesariamente que entenderse formuladas, cerradamente, como "*expressio unius, exclusio alterius*" -alternativa de dos únicos valores contrarios (legal/ilegal)-, sino posiblemente también, de modo abierto -"*pari passu*" o "*a simile*"- como compatibles con maneras no legalmente típicas de despidos justificados, con capacidad por tanto para asimilar en derecho los despidos sin causa legal típica pero que contaran con cierta base o fundamento material.

Desde esta perspectiva, la solución para los despidos sin causa legal, salvo para los totalmente arbitrarios (prohibidos, y cuya sanción legal sí debería ser la nulidad de pleno derecho), ya no tendría que consistir *a fortiori* en la erradicación y prohibición absoluta, sino que podría traducirse por ejemplo en el pago de un precio por extinguir el contrato al margen de las causas típicas que relaciona la ley. El régimen del despido, en tal paradigma, distinguiría entonces dos vías posibles de finalización del contrato de trabajo. Primeramente, con apoyo en las causas legales de despido, sin necesidad de pagar indemnizaciones (despidos disciplinarios) o pagando las indemnizaciones de la cuantía más baja que el sistema prevé para tales casos (despidos objetivos). Secundariamente, mediante el pago de las indemnizaciones de mayor cuantía cuando la extinción no tuviera apoyo en causa legal, pero sí base o fulcro material (despidos improcedentes). Esta solución de considerar el despido sin causa legal pero justificado como despido no arbitrario ni por tanto necesariamente antijurídico ni prohibido, sino simplemente sujeto a la obligación de indemnizar al trabajador afectado, es la que *de re* incorpora el ordenamiento jurídico español, que no ha querido sancionar los despidos sin causa legal –improcedentes- con la readmisión obligatoria del trabajador, como sería propio en un esquema de despido improcedente prohibido, conformándose con establecer un precio, no desorbitado además –las indemnizaciones de despido improcedente-, para estos casos[1].

Pues bien, sobre estas bases, busca el presente trabajo ofrecer una interpretación de las indemnizaciones de despido no como sanciones –respuestas

[1] La doctrina más autorizada ha puesto de relieve en este sentido, hace ya tiempo, que "la piedra de toque para la constatación de si realmente el empresario puede o no despedir libremente está en si su decisión puede o no ser revocada por una instancia distinta al empresario mismo", descontando que la virtualidad jurídica de las normas no debe medirse sólo por la letra de sus enunciados sino a partir de la constatación de los efectos jurídicos reales de su incumplimiento; *vid.*

punitivas- con las que reprender y revertir decisiones infundadas, antieconómicas y arbitrarias las empresas, intrínsecamente antijurídicas, y por tanto radicalmente prohibidas, sino más bien como pagos normalizados por despedir a los trabajadores, particularmente por hacerlo al margen de los cauces legales *ad hoc* gratuitos o más baratos dispuestos a tal efecto (las causas legales de despido), todo ello con la finalidad de condicionar las prácticas de despido. Condicionar, pero no eliminar, pues -lo hemos dicho- ni la readmisión obligatoria es la regla para estos casos, ni las indemnizaciones se fijan en unas cuantías desorbitadas e inasumibles, acaso porque no se quiere suprimir totalmente esta vía de despido privando a las empresas de tal mecanismo de ajuste de las plantillas. Este esquema interpretativo es sin duda aplicable al sistema legal español vigente de indemnizaciones de despido, en el que éstas podrían leerse simplemente como mecanismos de encauzamiento, no de prohibición radical, de los despidos sin causa legal típica, encauzamiento por cierto -puede señalarse ya- en el que las referidas indemnizaciones (su imputación, su cuantificación, su modo de aplicación), aparecerían siempre ligadas y orientadas -es la clave- al objetivo maestro de minimización de lo que en términos de análisis económico del derecho se llaman "costes sociales del despido"[2].

Comprobaremos en efecto que la clásica finalidad de resarcimiento del daño y el objetivo punitivo-disuasorio con que suelen caracterizarse las indemnizaciones de despido están esencialmente conectados a la funcionalidad subyacente de buscar a costes sociales más bajos provisión económica para hacer frente a la contingencia de la pérdida del empleo que supone el despido, es decir, con menos sufrimiento económico tanto para los trabajadores afectados como para las empresas y el conjunto de la sociedad y el sistema productivo. Veremos también que esta circunstancia explica de manera satisfactoria por qué las indemnizaciones de despido se imputan a quien se imputan, y no a otras personas, por qué en la cuantía que se imputan, y no otra, y por qué en el modo en el que se imputan, y no en otro modo. Y veremos igualmente que esta perspectiva de contemplación de las indemnizaciones de despido como mecanismos de reducción del coste social de las extinciones del contrato de trabajo por la empresa consigue reducir y explicar satisfactoriamente las tradicionales y aludidas funcionalidades resarcitoria y punitivo-disuasoria de aquellas indemnizaciones. Pero, sobre todo, veremos cómo, desde esta perspectiva, el sistema de indemnizaciones a cargo de las

M. Alonso Olea, *El despido (Un estudio de la extincion del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 21.

[2] El debate sobre las consecuencias de los despidos sin causa legal típica, sobre si deben determinar la readmisión obligatoria (cumplimiento en especie) o si cabe la indemnización sustitutiva (cumplimiento por equivalente), se plantea desde una perspectiva de estricta dogmática contractual (sobre argumentos como la incoercibilidad de las prestaciones de hacer, el componente de confianza o el *intuitu personae* de la relacion laboral, o la condicion de tracto sucesivo del contrato de trabajo), en M. Alonso Olea, *El despido (Un estudio de la extincion del contrato..., cit.*, pp. 179 y ss.

empresas, también en el derecho español, constituye una solución más eficiente económicamente que la del despido libre.

2. EL DEBATE SOBRE EL DESPIDO: LIBERTAD, PROHIBICIÓN, INDEMNIZACIÓN

La regulación española del despido, consolidada en sus elementos y aspectos fundamentales desde hace ya varias décadas, no ha sido ajena, y menos en los últimos tiempos, a un intenso debate acerca de la conveniencia o acaso necesidad legal de su modificación, en parte –no únicamente- por el nuevo impulso que han cobrado en los últimos tiempos los compromisos internacionales asumidos desde el ordenamiento español en esa materia. Las propuestas de cambio regulatorio que han ido apareciendo en este contexto de debate de *lege ferenda* han oscilado entre las de máxima desregulación, cuya expresión más clara ha sido la postulación del llamado despido libre –*employment at will*-, y las de máxima intervención regulatoria, cuya expresión más evidente ha sido la de la causalización muy restrictiva de los despidos y el efecto de readmisión obligatoria, o alternativamente de establecimiento de elevadísimas indemnizaciones (y otro tipo de sanciones jurídicas disuasorias), para los despidos sin correspondencia con las estrictas causas legales previstas a tales efectos, lo que en la práctica vendría suponer la prohibición efectiva de toda clase de despido carente de causa legalmente tipificada.

El argumento en el que principalmente se habrían sustentado las propuestas desregulatorias sería económico, y radicaría en la idea de que un sistema de despido libre minimizaría los costes extintivos mejorando la eficiencia en la asignación de los recursos productivos –la fuerza de trabajo- impulsando el crecimiento económico y la riqueza social, y por tanto el empleo y el nivel de vida de todos. El argumento en el que se basarían las propuestas de intensificación regulatoria y restricción de los despidos buscaría por su parte cobertura en criterios de justicia social, bajo la consideración de que el trabajo no sería una mercancía que pudiera sujetarse sin más a las leyes del mercado sino una expresión fundamental de la persona humana que debería protegerse con reglas tuitivas que garantizaran unos derechos mínimos a los trabajadores –garantía de continuidad en el empleo salvo causa justificada y protección en casos de despido de la situación de necesidad que provoca la pérdida de las rentas salariales-, derechos cuyo reconocimiento habría de quedar al margen de las leyes del mercado.

La propuesta que aquí defendemos, elaborada desde el análisis económico del derecho, y que parte de considerar las indemnizaciones de despido no principalmente como sanciones por incumplimientos sino como mecanismos de provisión económica para hacer frente a la contingencia de desempleo que sobreviene en las situaciones de despido, completamente naturales e inevitables en las economías de mercado, ni admite que el despido libre constituya la fórmula

más eficiente de asignación de recursos, ni tampoco que la máxima regulación y restricción de los despidos constituya la mejor manera de garantizar los derechos y proteger los intereses de los trabajadores. Principalmente porque se trata en ambos casos de soluciones ineficientes e incapaces de rebajar a niveles óptimos los costes sociales de los despidos. Resultado que sí puede llegar a acariciarse en un sistema ponderado de traslación a las empresas de parte de los costes de los despidos –que en condiciones naturales cargarían, en hipótesis, los trabajadores, como luego veremos-, sistema cuyos términos legales deberían coincidir con los que las propias partes interesadas, empresarios y trabajadores, acordarían *motu proprio* si dispusieran de la información debida y pudieran negociar sin costes de transacción, y que a la postre terminan quedando ubicados en un "*justo medio*" en el que hay regulación de los despidos e indemnizaciones a cargo de las empresas pero sin prohibiciones radicales de despido.

3. LA EXTINCIÓN DEL• CONTRATO DE TRABAJO COMO ACCIDENTE O EVENTO DAÑOSO

La extinción del contrato de trabajo suele implicar una quiebra de las expectativas de continuidad de un acuerdo de colaboración productiva –la relación laboral- capaz de causar, la aludida quiebra de expectativas, daño a cualquiera de los sujetos que la sufren como partes, el trabajador y el empresario (derivativamente también a terceros conectados o dependientes de la suerte del contrato de trabajo de referencia, y por extensión al mercado, a la comunidad y a la riqueza social en su conjunto). Es verdad que el fin de la relación laboral no tiene que suponer daño o perjuicio necesariamente. De hecho, en muchos casos podrá suponer, antes al contrario, una suerte de liberación, tanto para el empleador (cuando el trabajador haya pasado a representar para la empresa una carga o pasivo laboral del que se quiera prescindir), como para el propio trabajador (cuando éste tenga a la vista mejores opciones profesionales que las que represente el contrato de trabajo que se extingue), e incluso para ambas partes simultáneamente (en el caso por ejemplo de las extinciones pactadas, queridas de consuno por los dos contratantes por implicar una solución bilateralmente *win-win*, menos costosa que el mantenimiento de la relación laboral). Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, con carácter general, la finalización del contrato de trabajo, particularmente su extinción unilateral, da lugar como venimos diciendo a una situación negativa, perjudicial en particular para quien la sufre como víctima o sujeto pasivo, en la que el daño se determina ante todo como quiebra o ruptura de una expectativa de continuidad de la relación de colaboración productiva que es el contrato de trabajo, sea en forma de pérdida de ingresos esperados por el trabajador (en los despidos), sea en forma de pérdida de un factor productivo con el que la empresa contaba que podía seguir disponiendo en lo sucesivo (en las extinciones por dimisión o abandono del trabajador).

Algo por cierto –el hecho de definir el daño que se asocia al fin del contrato de trabajo como ruptura del *tracto sucesivo* y de las expectativas de mantenimiento del vínculo laboral- que, ya de antemano, y esto es importante resaltarlo, supone que no pueda apreciarse tal daño sin más en los contratos de trabajo casuales o de corta duración, no aptos para generar las expectativas de mantenimiento en la colaboración productiva cuya ruptura se considera origen del daño que debe atajarse, razón precisamente por la que la extinción de este tipo de contratos fugaces o breves no suele ser objeto de indemnización o cobertura económica relevante o significativa[3]. Y algo que explica también por qué cuando un trabajador es despedido e inmediatamente vuelto a contratar por la empresa –por ejemplo, en el ámbito de los procesos de transformación de contratos temporales irregulares e indefinidos no fijos en relaciones fijas en el sector público- la jurisprudencia haya venido sosteniendo que no ha lugar al reconocimiento de indemnizaciones por despido, dando por supuesto que la extinción del contrato antecedente no produce daño al no romperse la continuidad -ni las expectativas de permanencia- de la relación laboral[4].

La pregunta es entonces, ¿por qué la extinción unilateral del contrato de trabajo, y más precisamente la quiebra de las expectativas de las partes contratantes en su mantenimiento o continuidad -dicho de otro modo, la definición de esta continuidad como auténtica expectativa-, puede realmente leerse como un daño o perjuicio a los contratantes, perjuicio o daño para el que habrán de dotarse cierto tipo de remedios, coberturas o provisiones de tipo económico? Pues obviamente por la dificultad para las partes de encontrar instantáneamente en el mercado soluciones de reparación a coste cero para la pérdida de valor que supone la extinción de la relación laboral, dada la imposibilidad de sustituir *de facto* inmediatamente el contrato de trabajo que se pierde por una fuente equivalente de valor económico para las partes, en su doble forma tanto de flujo de rentas salariales para el trabajador como de disponibilidad de mano de obra inmediatamente utilizable en los procesos

[3] Es por esto que las indemnizaciones por finalización del contrato de trabajo no han tenido tradicionalmente sentido en economías "donde las relaciones laborales eran de corta duración y los salarios no constituían un elevado porcentaje de los ingresos"; *vid.* Pérez Martínez, C., "Del despido libre pagado al despido libre gratuito: ¿falsa panacea?", *Garrigues Publicaciones*, 2015 (https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/del-despido-libre-pagado-al-despido-libre-gratuito-falsa-panacea) ep. 2, párrafo 3.

[4] En estos casos la indemnización, cuando se reconoce, no opera obviamente como compensación por la quiebra en las expectativas de continuidad del contrato de trabajo (que no se ha dado) sino, en su caso, por la necesidad –circunstancia completamente distinta- de reparar el daño que le ha supuesto al trabajador el haber sido víctima de prácticas irregulares, abusivas o fraudulentas de contratación temporal; recientemente *vid*. por ejemplo Sentencia TSJ País Vasco (Sala de lo Social) de 28 febrero 2025, Nº rec. 3011(2024) (JUR\2025\55562); o Sentencia TSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 15 noviembre, Nº rec. 790 (2024) (JUR\2024\533126); con carácter más general puede verse también la ya clásica TS 31 mayo 2006; *vid.* Fernández Márquez, O., "Indemnizaciones por despido y contratación temporal (a propósito de la STS de 31 de mayo de 2006 y otras cuestiones)", *Relaciones Laborales*, 12/2007, pp. 29 y 30.

de la producción para la empresa. Quiere esto decir que si tanto el empresario como el trabajador pudieran respectivamente aprovisionarse de mano de obra o salario sustitutivo de manera inmediata y sin coste de ningún tipo al término de la relación laboral que se extingue, tal situación no representaría daño o perjuicio ninguno, ni por tanto una quiebra de expectativas que hubiera que remediar. Dicho de otro modo, en un mercado de trabajo sin costes de reposición de la mano de obra y con garantía de recolocación del trabajador en iguales o mejores ocupaciones –un mercado paretiano fluido de rotación laboral perfecta- la extinción del contrato de trabajo no sólo no supondría una situación negativa o dañosa que tuviera que ser objeto de cobertura sino que, antes al contrario, constituiría una situación de intercambio o reasignación de recursos a usos más rentables y productivos que tendría que ser objeto del debido estímulo y promoción. Son por tanto los costes de reaprovisionamiento y recolocación que empresarios y trabajadores tienen que asumir en el mercado tras la extinción de los contratos de trabajo lo que explica el daño asociado los referidos eventos extintivos y la conveniencia de su cobertura[5].

Ahora bien, estos costes, es decir, el daño que para las partes del contrato de trabajo representa la ruptura de una relación de colaboración productiva con la que se contaba continuar, no son los mismos –hay que subrayarlo- para el empresario y para el trabajador. Cuando la parte que padece la extinción de la relación laboral es el empresario, en rupturas por dimisión del trabajador, no cabe olvidar que como la fuerza laboral constituye típicamente en el trabajo asalariado –por su carácter constitutivamente genérico y fungible- un recurso o factor productivo fácilmente sustituible, dado el amplio e inagotable "*pool*" de asalariados dispuestos a ofrecer sus servicios en el mercado de trabajo, el reaprovisionamiento de la mano de obra no debería representar grandes costes para las empresas, más allá de los obvios y consustanciales de retardo o no disponibilidad inmediata de los nuevos trabajadores (costes de tiempo de incorporación), de formación básica y adaptación a sus nuevos puestos (costes de acoplamiento), o en todo caso de incertidumbre acerca de las características personales, capacidades y rendimiento futuro de los nuevos trabajadores (costes de información). Por supuesto, siempre que se dé la condición básica de que haya –como suele acontecer en los mercados de trabajo capitalistas- sobreabundancia o un relativo excedente de mano de obra, es decir, unos ciertos

[5] Razón por la que no es extraño que las propuestas de despido libre, que podrían tener sentido en mercados de trabajo ágiles y con buena capacidad para hacer rotar el empleo -como el estadounidense- acaso no lo tengan tanto en mercados de trabajo más rígidos y con tasas más altas de desempleo: "es tarea vana intentar implantar un sistema que parece funcionar en otro país sin reparar en que nuestra sociedad y, por ende, nuestro sistema jurídico, son totalmente distintos; incluso asumiendo dialécticamente que el despido libre gratuito fuera la panacea —ya hemos visto que puede no ser así—, solo tendría sentido si el trabajador despedido no se encontrara ante un abismo a su salida de la empresa; esto es, la absoluta libertad a la hora de despedir solo tiene cabida en mercados de trabajo dinámicos, donde el trabajador pudiera encontrar con facilidad un nuevo empleo; es evidente que no es el caso de España"; *vid.* Pérez Martínez, C., "Del despido libre pagado al despido libre gratuito: ¿falsa panacea?", *cit.,* ep. 3, penúltimo párrafo.

niveles de desempleo. Algo que suele acontecer, por cierto, para los trabajos u ocupaciones de baja cualificación, en los que los asalariados simplemente ofrecen fuerza de trabajo genérica, pero no tanto en trabajos y profesiones técnicas y cualificadas, asumidas por trabajadores con características productivas específicas y que ya no son tan fáciles de sustituir. Es por esto que puede decirse que la dimisión del trabajador no produce gran daño a la empresa en general, cuando se trata de asalariados típicos, que proporcionan a la empresa fuerza de trabajo inespecífica, no cualificada y fácilmente sustituible, aunque sí puede producirlo en el caso de trabajadores cualificados, distinguidos y no susceptibles de fácil recambio en el mercado de trabajo. Y es por esto por lo que la libre dimisión se admite en general para los trabajos no cualificados, pero suele aparecer limitada –mediante cláusulas contractuales como las de exclusividad y permanencia- cuando se trate de trabajadores técnicos y más cualificados. De esta manera el empleador provee para el daño que le puede suponer la pérdida de un valioso recurso productivo con el que contaba seguir disponiendo y que no es fácil reponer de inmediato.

Obviamente, la manera en la que el empleador combate habitual y naturalmente el riesgo de pérdida de un trabajador cualificado de difícil sustitución en el mercado no suele ser otra que la elevación del salario. De esta forma, gracias a esta característica sobre-retribución de "salario de eficiencia", el trabajador tendrá un potente incentivo para quedarse en la empresa, y no experimentará la necesidad de tentar el mercado buscando mejores opciones profesionales. Y, con ello, se reducirán como decimos las posibilidades de que la empresa experimente daño por la pérdida de un trabajador productivo y valioso que no es fácil de reponer de manera inmediata. Por ello, las cláusulas de exclusividad y permanencia en la empresa –que en muchos casos buscarán además garantizar el retorno de la inversión en formación y cualificación que habrá asumido precisamente la empresa- operarían entonces más bien como mecanismos complementarios para el reforzamiento de la retención de los trabajadores, penalizando la apertura de los mismos al mercado y el abandono de la empresa. Cláusulas cuyo incumplimiento suele determinar precisamente la pérdida de las mejoras salariales que los trabajadores habrán venido percibiendo en pago de su exclusividad o su permanencia, produciendo así un óptimo alineamiento de los incentivos: la empresa gana reteniendo más intensamente al trabajador porque podrá pagarle mejoras salariales más altas, a sabiendas de que podrá recuperarlas en caso de que el trabajador incumpla su promesa de fidelización; el trabajador mejorará sustancialmente su retribución cumpliendo la condición –que queda en su mano- de mantenerse en la empresa, pero preservando su libertad de salirse –*opting out*- devolviendo los mejores salarios obtenidos, valorando a tal fin lo que espere o calcule obtener en la nueva ocupación descontados los costes que tenga que asumir para ello.

Mayor es en todo caso como apuntamos el daño que representa para el trabajador la ruptura de la relación laboral por decisión de la empresa –por despido-, al ser muchos más los costes a los que el mismo tiene que hacer frente, sobre todo

para remediar la pérdida de ingresos previstos asociada al fin del contrato. Por lo pronto, la extinción de la relación laboral expone al trabajador a la búsqueda de una nueva ocupación en la que seguramente no podrán aprovecharse al 100 por 100 las técnicas y las cualificaciones específicas con las que el trabajador se habrá tenido que ir dotando *ad hoc* para el desenvolvimiento de sus anteriores tareas, pues las únicas capacidades previas que podrá reciclar para su nuevo trabajo serán las de carácter más básico o general, dado que su mayor inespecificidad las hará compatibles con un mayor número de distintas ocupaciones. Pero no es sólo que el cambio de trabajo consecuente al despido conlleve siempre, en mayor o menor medida, una pérdida de las habilidades productivas más singulares de los trabajadores, acontece además que, complementariamente, conllevará también la necesidad de asumir los costes que suponga la nueva formación específica que demande la ejecución de las nuevas ocupaciones, y en todo caso los que pueda representar la adaptación para su desempeño correcto. A estos costes técnicos, de pérdida de capacidades productivas especializadas y de tiempo y recursos en obtener las que son precisas para el nuevo trabajo, habrán de añadirse por supuesto los más fundamentales y sensibles de interrupción del flujo salarial derivados del retardo que conllevará el hallazgo de un nuevo empleo y la reentrada efectiva del trabajador en el mismo, fundamentales y sensibles porque no cabe olvidar que el contrato de trabajo representa para los asalariados la principal vía de ingresos económicos, ingresos que quedarán interrumpidos durante la fase de transición a un nuevo contrato, con la consiguiente necesidad de acudir a vías de financiación que podrían suponer importantes sacrificios para el trabajador. En términos de utilidad marginal, por la mayor escasez de recursos, la pérdida del salario supone para el trabajador una verdadera catástrofe, pues no es lo mismo perder una unidad monetaria por quien tiene 1000 –recursos abundantes (*deep pocket*)- que perder esa misma unidad monetaria por quien tan solo tiene 10, máxime cuando estos recursos económicos están además destinados a sufragar las necesidades más básicas e ineludibles de subsistencia.

Sin olvidar que la extinción del contrato de trabajo comporta para el asalariado –como sujeto singularmente averso al riesgo económico, y que por eso habría sacrificado sus expectativas de *lucro especial aleatorio* a cambio de un salario seguro, cuya percepción se habría garantizado contractualmente a cambio de cierta cantidad de trabajo- una indeseada situación de incertidumbre que el mismo juzga negativamente como esencialmente dañosa o perjudicial. Y sin olvidar tampoco que la necesidad de sustituir el contrato extinguido por el que nuevamente se suscribe lleva asociados siempre los correspondientes costes de transacción para el trabajador, sea los que puede representar –costes de salida- la impugnación y liquidación del contrato cesante, sean los que suponga –costes de entrada- la búsqueda de un nuevo empleador confiable o la negociación y redacción de las cláusulas del nuevo contrato (que eventualmente podrían traducirse en quebraderos de cabeza y tiempo consumido en tales tareas de transacción, cuando no en el pago efectivo de honorarios de asesoramiento técnico o incluso asistencia letrada).

Con todo, el mayor perjuicio que va a representar para el asalariado el despido y la pérdida de su contrato viene de la mano de las dificultades que cabe estimar que le va a suponer encontrar una nueva ocupación con al menos la misma calidad y características que la que se ha perdido en un mercado de trabajo caracterizado por la sobreabundancia de la fuerza de trabajo y en el que los demandantes de empleo compiten por ocuparse en las empresas. Salvo los trabajadores cualificados o con especialización técnica, o con características de escasez y difícil sustituibilidad que los haga singularmente demandados por las empresas, comúnmente los asalariados ofrecen sus servicios en un mercado de trabajo donde reina un exceso de oferta de mano de obra –cierta tasa de desempleo- que hace que el despido o la extinción del contrato de trabajo se interprete como una situación de perjuicio, en cuanto que conlleva la pérdida de la condición de *insider* por el trabajador y su entrada en el *pool* de *outsiders* que compiten entre sí mediante la rebaja de sus exigencias salariales y laborales con la finalidad de recuperar cuanto antes el flujo de renta que necesitan para su subsistencia (con independencia de que las regulaciones legales, la sindicación de los trabajadores y la negociación colectiva puedan contribuir a rebajar este bucle de competencia a la baja). En efecto, la extinción del contrato de trabajo es negativa para el trabajador porque le coloca en una situación de desempleo competitiva y de duración incierta –por la sobreabundancia de la fuerza de trabajo- en cuya salida no se atisban necesariamente mejores condiciones laborales que las que el trabajador disfrutaba en su anterior contrato, pero sobre todo porque en la referida situación de falta de ocupación el trabajador queda desprovisto no simplemente de una renta contractual sino, como ya hemos apuntado, de una renta "social" como el salario, principal si no exclusiva vía para la cobertura económica de la subsistencia. Al perder el empleo, durante el tiempo que dure esta situación accidental indeseada, el asalariado queda despojado de la principal fuente de su subsistencia –la empresa que pierde un trabajador simplemente se ve privada de un recurso o factor productivo sustituible-, lo que constituye una urgencia vital que representa un daño singularmente cualificado que debe ser necesariamente atajado sin demora y para el que deben dotarse ineludiblemente las provisiones debidas[6].

[6] Los intérpretes sostienen en el sentido apuntado que la extinción del contrato por despido produciría un doble daño a los trabajadores, en primer término de descapitalización humana por pérdida de las capacidades técnicas específicas obtenidas en el puesto de trabajo original (esto es lo que cubrirían las indemnizaciones de despido *stricto sensu*), y en segundo término de pérdida de ingresos previstos y surgimiento de otros gastos durante la fase de transición hacia el nuevo empleo (esto es lo que cubrirían las prestaciones de desempleo); *vid.* Malo, M.A. y García Serrano, C., "Indemnizaciones por despido y prestaciones por desempleo: la experiencia internacional y el caso español", *Papeles de Economía Española*, 124/2010, p. 248.

4. LA NATURALEZA CONTINGENCIAL, NO INDEMNIZATORIA, DE LAS SITUACIONES DE DESPIDO

No es por tanto comparable, como puede comprobarse, el daño que experimenta el trabajador cuando el vínculo laboral se extingue debido a un despido con el daño que experimenta la empresa cuando la relación laboral finaliza por dimisión del trabajador. Y es precisamente por esto por lo que en los casos en que el trabajador padece la extinción de la relación laboral se incrementan las necesidades de provisión económica. Importa subrayar ya que estas situaciones, al no ser necesariamente culpa de nadie, o al menos no en todos los casos (hemos dicho que los despidos caprichosos son la excepción, pues en la economía de mercado todo despido tiende a contar con cierto tipo de fundamento económico), serán neutralmente interpretadas aquí como "contingencias", es decir, eventos más o menos imprevistos que temporalmente provocan unas necesidades que reclaman cobertura económica específica, al producirse una pérdida del flujo de renta con la que ordinariamente se cubren las necesidades vitales de los trabajadores. Los pagos o las compensaciones económicas por despido que típicamente establecen los sistemas legales no serían por tanto, conforme a esta interpretación, estrictamente "indemnizaciones", sino más bien simples "provisiones económicas" calculadas para sufragar los gastos que supone la contingencia de pérdida por el trabajador de su contrato o relación laboral. Insistimos en que la consideración de los despidos como extinciones no necesariamente intencionales de las empresas, sino forzadas por circunstancias externas, particularmente por las presiones del contexto económico, encaja con la lógica lucrativa de la economía de mercado, en la que no tiene sentido que la empresa prescinda sin más de un trabajador que ha contratado porque le interesaba, y supuestamente sigue necesitando, sin una razón que lo explique. No queremos decir que no pueda haber -y que no haya, por supuesto- despidos arbitrarios o caprichosos, sino simplemente que por lógica económica estos deberían constituir un fenómeno tendencialmente excepcional, pues la mayoría siempre contaría con algún tipo de base justificativa. Y es en el marco de estas consideraciones donde en general cabe entender los despidos como eventualidades no necesariamente imputables a las empresas, antes que como conductas ilícitas de éstas, y a las indemnizaciones como respuestas organizadas para la cobertura de las contingencias que se originan en tales situaciones, antes que como sanciones o castigos por incumplimientos.

En efecto, la idea de indemnización pide la producción o causación personal e intencional de un daño, contractual o extracontractual, que deba ser reparado para dejar indemne a la víctima, y por tanto un culpable a quien imputar –"el que la hace la paga"- la correspondiente reparación, normalmente el agente causante del mismo. Su fundamento dogmático es la retribución -la justicia conmutativa-, y es por esto que suele decirse que en las indemnizaciones de despido que suelen establecer los sistemas legales, y particularmente en el español, el empresario paga por extinguir indebidamente la relación laboral, sea por romper *ex ante* o

prematuramente el contrato (suponiendo que el mismo ha de ser fijo, indefinido o prolongado en el tiempo), sea por extinguirlo sin causa (y vulnerar así el derecho al empleo del trabajador)[7]. Pero, aparte de que pueda cuestionarse que realmente en un sistema como el nuestro exista sin más un bien jurídico como el contrato de trabajo fijo (imposible de garantizar, fuera de una economía planificada, en el marco del capitalismo y la economía libre, donde la empresa tiene que adaptarse permanentemente al mercado, debiendo contar con la posibilidad de despedir trabajadores)[8] –nótese que los contratos temporales están completamente normalizados en España, y que también conllevan por cierto indemnización a su terminación-, corresponde señalar que el enfoque de retribución o justicia conmutativa propio de las indemnizaciones por daño o incumplimiento culpable no es un punto de vista necesario, ni tampoco el que adoptamos en este trabajo para desentrañar el sentido y el significado de las reglas de compensación de los despidos, que pretende ser esencialmente funcional y neutro[9].

Sin buscar víctimas ni culpables a los que haya que reprender por actuar ilícitamente, rebajando el tono trágico que siempre envuelve este asunto, nos proponemos simplemente aquí contemplar el despido –la extinción del contrato a instancia del empleador- como un evento inducido normal en las relaciones de producción del sistema capitalista, intentando desvelar el valor o la utilidad social de las indemnizaciones por despido como fórmulas o soluciones institucionales dotadas por los sistemas legales con la finalidad de atender la contingencia que para los trabajadores supone la pérdida temporal del trabajo y de los ingresos económicos en un contexto de sobreabundancia de la fuerza de trabajo en donde no puede garantizarse la inmediata reentrada en un nuevo empleo –y menos a coste cero- y tampoco que las nuevas condiciones salariales o laborales vayan a ser al menos como las que el trabajador disfrutaba en la anterior relación laboral. De modo que, con este enfoque funcional, dentro de las coordenadas del análisis

[7] Un sector de la doctrina define en estas coordenadas el despido como un acto de expropiación del empleo del trabajador o como "un acto de violencia privada o un acto de agresión que, de manera directa e inmediata, pretende alterar el estatus de ciudadanía de una democracia constitucional madura"; *vid.* Baylos Grau, A. y Pérez Rey, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid 2009, p. 49.

[8] *Vid.* Gorelli Hernández, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010, pp. 47 y ss.

[9] Esta definición de las indemnizaciones de despido como soluciones "contingenciales" es lo que determina que queden en nuestro análisis funcionalmente asimiladas a las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de las diferencias "específicas" que hay entre ambas, relacionadas con la circunstancia de que mientras estas operan mediante mutualización del riesgo (en régimen de seguro), con la consiguiente dispersión de la responsabilidad, las indemnizaciones operan mediante la imputación de pagos directos a los interesados, con el consiguiente efecto de concentración de la responsabilidad y el incentivo de máxima prevención y evitación del riesgo por quien haya de sufrir sus consecuencias; *vid.* Malo, M.A. y García Serrano, C., "Indemnizaciones por despido…", *cit.,* pp. 248 y ss.

económico del derecho, las indemnizaciones de despido pasan a ser vistas ante todo como mecanismos de provisión económica para atender la contingencia que la pérdida del contrato de trabajo supone para los asalariados en el contexto del mercado de trabajo tal y como el mismo funciona real y naturalmente, afectado como decimos por cierta tasa crónica de desempleo. De hecho, vamos a comprobar que incluso cuando las indemnizaciones por despido más podrían acercarse a la idea de verdaderos pagos indemnizatorios –compensaciones por causación de un daño injustificado, personal y culpable por las empresas-, en los casos de despidos injustificados, sin causa legal o improcedentes, es viable entender tales indemnizaciones como simples expresiones de provisión económica para la cobertura de la contingencia de desempleo del trabajador, quitando peso a la consideración de las mismas como penalizaciones que debe asumir el causante del daño injustificado (la empresa) para dejar indemne a la víctima (el trabajador despedido).

Veremos en efecto que el hecho de que la institución del despido y el sistema legal terminen trasvasando al empleador el coste en los casos de despido sin causa o improcedente puede leerse, y muy provechosamente, también simplemente como la solución de regulación que resulta más beneficiosa para los dos contratantes y que minimiza el coste social de este tipo de situaciones, absolutamente normales y frecuentes –completamente necesarias- como decimos en la práctica de las relaciones productivas del sistema capitalista. No hay necesidad de contemplar las indemnizaciones por despido como multas que paga un incumplidor a una víctima. Tales pagos pueden ser vistos simplemente como una fórmula de asunción por la empresa a costes más bajos de la provisión económica que el trabajador precisa para cubrir la contingencia de desempleo que padece. Esta es la conclusión a la que podemos llegar como vamos a ver a continuación desde un enfoque funcional o de análisis económico del derecho de las indemnizaciones de despido, enfoque por cierto que conduce finalmente a la justificación por esta vía, es decir en términos de pura eficiencia económica, de tales indemnizaciones, contra la propuesta contraria del despido libre, a menudo considerada mejor para el funcionamiento del sistema económico por sus supuestamente óptimas capacidades asignativas. Comprobaremos en lo sucesivo, en efecto, cómo la contemplación de las indemnizaciones de despido que suelen establecer los ordenamientos desde el análisis económico del derecho conduce a la conclusión de que las mismas constituyen una opción mejor que la alternativa del despido libre –*employment at will*- tanto para las partes como en términos de coste social del despido[10].

[10] No es rigurosamente cierto, por tanto, que un enfoque de análisis económico del derecho lleve necesariamente a la conclusión de que el despido libre es la solución óptima en términos de eficiencia económica, como sostiene Gamonal Contreras, S., "El despido libre en el contrato de trabajo estadounidense", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28/2017, pp. 76 y ss.

5. LA AUTOPROTECCIÓN INDIVIDUAL DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL DESPIDO

La máxima *res perit domino* supone como es sabido que los accidentes y los daños serán asumidos en primera instancia –por razones casi obvias o naturales- por los individuos o las personas a los que pertenecen los bienes o derechos sobre los que se proyecte el perjuicio. En efecto, puesto que todos los bienes y los recursos aparecen *in medias res* distribuidos en el sistema jurídico mediante apropiación individualizada por un conjunto de sujetos o agentes ubicados en esferas separadas unas de otras (con independencia de que estén interconectadas e interoperen mediante relaciones contractuales, de daños, institucionales, etc), parece obvio que el riesgo de daño o la pérdida efectiva de los bienes o derechos de un individuo determinado habrán de ser asumidos por tal individuo y no por otro individuo distinto. Entonces, yendo a nuestro asunto, si partimos de la base de que las extinciones del contrato de trabajo, particularmente en los casos de despido, provocan como hemos venido diciendo una situación negativa (un evento perjudicial e indeseado) que proyecta primordialmente sus efectos sobre la persona del trabajador, parece evidente que el primer llamado a adoptar medidas para hacer frente a la contingencia de la extinción del contrato, y a asumir los costes que tales medidas supongan, habría de ser el trabajador que padece la contingencia (*casum sentit dominus*). *A priori*, sería el titular del bien jurídico expuesto al riesgo, o quien ya ha experimentado el daño, la persona que tendría que proveer y adoptar las medidas necesarias, preventivas o paliativas, según el caso, para evitar o minimizar el perjuicio, o en todo caso quien tendría que asumir plenamente los efectos o los costes en los que se traduzca finalmente tal daño, en nuestro caso la extinción del contrato de trabajo. En hipótesis, por tanto, serían los propios trabajadores, como principales víctimas de los despidos, quienes tendrían que prever la posibilidad de esta contingencia y quienes consecuentemente deberían en su caso hacer las provisiones económicas que fuera menester con objeto de sufragar los gastos que previsiblemente podrían llegar a producirse en caso de actualizarse el riesgo de despido.

Una primera solución a estos efectos podría ser que el trabajador actuara de manera totalmente individualizada, buscando, casi de modo autístico, un remedio defensivo particular para cubrir su riesgo. Descontando por supuesto la aportación que en tal sentido podría suponer la intensificación de la diligencia y la productividad en el ejercicio de sus tareas (algo que desde luego debería minimizar, pero no logra evitar del todo, el riesgo de despido), lo cierto es que el trabajador podría operar a tal fin de dos modos distintos. Descontando y reteniendo preventivamente parte de su salario mensual para ir garantizando *ex ante* la cobertura del riesgo de despido futuro, en la cuantía que considerara conveniente. Tal cuantía no debería en principio ser más de lo que se reputara estrictamente necesario para hacer frente a la posibilidad de un despido futuro ajustada por su factibilidad y por la previsión de cuantía de daño estimada (anticipando la viabilidad real del despido, calculando el

tiempo máximo que podría estar el trabajador buscando otro empleo, proyectando los costes formativos que había que asumir, etc), pues es obvio que el trabajador no puede detraer sin límite del salario que necesita en el día a día, al constituir la principal renta para atender sus gastos corrientes, que además son gastos vitales o de subsistencia. O podría preferir, como segunda opción, simplemente no asumir estos descuentos salariales preventivos (que son costosos porque reducen su salario disponible, como decimos) exponiéndose a asumir todo el daño y los pagos que el mismo comporte cuando se diera la contingencia extintiva, que, por otra parte, no tendría necesariamente que darse. Esta segunda opción, hay que señalarlo ya, no es en modo alguno plausible, pues comporta una asunción de riesgo máximo por el trabajador asalariado, riesgo además factible y de verdadera urgencia vital, que no encaja con el perfil típico y natural del asalariado como sujeto averso al riesgo, que, a diferencia precisamente del empresario, no en vano ha renunciado también a la eventual ganancia -el llamado *lucro especial aleatorio*- a cambio de un salario seguro y garantizado en contrato.

De este modo, puesto que cabe suponer el que asalariado típico estimará conveniente cubrir preventivamente el riesgo de sufrir un despido mediante un descuento periódico en su salario, conviene preguntarse cómo podría el trabajador operar y atender a esta necesidad o conveniencia de la manera más eficiente posible (optimizando su estrategia de cobertura, de modo que pueda obtener el mayor beneficio posible al mínimo coste). Una primera vía sería simplemente la más básica o primaria de la acumulación progresiva de un fondo económico de ahorro con el que hacer frente a las necesidades de un posible despido futuro. El trabajador podría atesorar sin más estas cantidades descontadas de su salario (en depósitos o cuentas de ahorro, por ejemplo), o podría eventualmente invertirlas en productos financieros con más rentabilidad, con el inconveniente en este último caso de que estos productos con más rentabilidad, o bien serán más ilíquidos (inversión inmobiliaria, deuda a largo plazo), lo que hará difícil movilizarlos en el momento preciso en que fueran necesarios, o bien implicarán la asunción de riesgo financiero (inversión en bolsa, oro, bitcoin, negociación de bonos en mercados secundarios), con el peligro de que el despido obligue a malvenderlos o liquidarlos a pérdidas en fases bajistas de mercado. Teniendo en cuenta además que la capacidad de descuento salarial periódico para nutrir este fondo no podría ser por definición alta, es evidente que esta solución no sería capaz de brindar una protección adecuada mientras no hubieran transcurrido varios años de acumulación progresiva, lo que dificultaría la cobertura por despido durante los periodos iniciales de la carrera laboral de los trabajadores.

Es por ello que el trabajador podría utilizar una vía un poco más sofisticada, ya no totalmente autónoma, para lograr la protección frente al siempre acechante despido. Tal vía no sería otra que la del aseguramiento de este riesgo. El trabajador ya no tendría entonces que detraer cantidades tan significativas en su salario, sino tan sólo las primas que fueran precisas para asegurar la cobertura del riesgo,

librándose además de la necesidad de definir y calcular la dimensión y coste del tal riesgo, pues estas tareas actuariales serían asumidas por la entidad aseguradora. En el marco del aseguramiento la calidad e intensidad de la protección sería además mucho mayor que a través del simple ahorro, pues el efecto de mutualización y distribución del riesgo entre un conjunto plural de trabajadores asegurados, en paralelo a la concentración del daño en tan sólo los casos particulares en que se diera, por el efecto de *la magia de la técnica del seguro*, permitiría a costes más bajos aumentar e intensificar la protección justo –y exclusivamente- en aquellos casos en los que alguien sufriera efectivamente el daño, con el añadido además de que la gestión o administración colectiva del riesgo permitiría a los interesados beneficiarse de los efectos de escala que se producen con la mutualización de estos riesgos.

Nótese además que a través de la técnica aseguratoria resultarían igualmente protegidos todos los trabajadores con independencia del tiempo trabajado, lo que permitiría combatir el efecto de desprotección que la simple técnica del ahorro hemos visto que producía para trabajadores con cortas carreras laborales. Por supuesto, la utilización del seguro supondría que la causación voluntaria del despido por el trabajador –por ejemplo, en un despido por incumplimientos disciplinarios- no constituiría una situación objeto de cobertura, por la nulidad de las llamadas condiciones potestativas ("el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de las partes contratantes", art. 1256 CC), pero esto no es ningún inconveniente en términos de protección para el trabajador, al tratarse de una contingencia que siempre estaría bajo su ámbito de control, pues siempre tendría la libre opción de cumplir con sus obligaciones contractuales o incumplir asumiendo con pleno conocimiento de causa el coste de un eventual despido.

Parece por todo ello necesario concluir que el seguro constituye una manera de cubrir el riesgo de despido mucho más eficiente que la más rudimentaria fórmula del ahorro particular, cuya única ventaja acaso sea la de que en caso de no materializarse el riesgo –pues no es necesario que el despido se tenga efectivamente que dar- el trabajador podría disponer de las cantidades ahorradas para el fin que estimara oportuno. Este efecto de capitalización de las aportaciones salariales periódicas para la cobertura del riesgo de despido, propio de un dispositivo tan cargado de redundancia económica como el simple ahorro, no se da en el contrato de seguro obviamente, que a cambio ofrece –como técnica mucho más especializada y eficiente de cobertura- la ventaja de procurar una protección de más calidad y cuantía económica a un coste infinitamente más bajo, junto con los otros beneficios que acabamos de ver que implica también (obtención de una mejor *ratio* de aportaciones/prestaciones en la cobertura del riesgo, protección de trabajadores con carreras laborales de corta duración, ganancias de escala en la gestión del riesgo, etc). Claro que la mayor eficiencia del seguro también comporta, precisamente por el ahorro que supone para el asegurado -y esto es muy importante subrayarlo-, un efecto de descarga de los costes emergentes de

los eventos de despido, lo que, por la dispersión de la responsabilidad inducida, podría causar cierta relajación a la hora de enfrentar personalmente la contingencia extintiva, con el consiguiente efecto indeseado de desalineación de los incentivos (internalización de beneficios con simultánea externalización de costes), razón por la que a veces puede ser conveniente que la parte interesada asuma directamente, sin cobertura de seguro, parte del coste de la contingencia[11].

6. LA COLABORACIÓN DE LA EMPRESA EN LA COBERTURA DEL RIESGO DE DESPIDO

El afrontamiento por los trabajadores del riesgo de despido bien podría venir por tanto a través de soluciones de autoprotección como las que acabamos de señalar, y particularmente, por sus mayores ventajas comparativas, a través del aseguramiento del referido riesgo. El problema es que de esta manera, quitando como hemos visto los casos de los despidos por incumplimientos disciplinarios (causados en cierto modo por voluntad del trabajador), la cobertura alcanzaría no sólo a los despidos basados en causas o circunstancias justificadas (las típicas de los despidos económicos y objetivos: ineptitud del trabajador, causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, etc) sino también a los eventuales despidos injustificados y/o caprichosos de las empresas, e incluso a los discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales, cuyo coste terminaría siendo asumido íntegramente por los trabajadores. Aparte de la negativa lectura que esto merece en términos de justicia –un sujeto (el trabajador) estaría pagando las consecuencias de la conducta de otro sujeto (el empresario), conducta además eventualmente injustificada o de mero arbitrio, si no contraria a derechos fundamentales-, hemos de decir que desde la estricta perspectiva de análisis económico del derecho que aquí queremos adoptar la solución de autoprotección por los trabajadores, por lo que acaba de apuntarse, no sería tampoco óptima en términos de coste social. ¿Por qué? Pues porque, como los trabajadores tendrían que proveer para cubrir el riesgo de padecer despidos injustificados y/o arbitrarios, la necesidad de pagar primas más altas (o de ahorrar más), soportada por sus salarios, terminaría encareciendo el coste del factor trabajo para las empresas (repercusión de estos sobrecostes de aseguramiento en los salarios), llegándose de esta manera a una situación subóptima en términos asignativos o de eficiencia económica[12]. Y es que, en verdad, hay como vamos a ver una manera alternativa de afrontar esta situación a costes más bajos,

[11] *Vid.* Malo, M.A. y García Serrano, C., "Indemnizaciones por despido…", *cit.,* pp. 248 y 249.

[12] La no neutralidad de las indemnizaciones de despido respecto de los salarios, y la posibilidad de la redistribución a lo largo del tiempo de la relación de trabajo de los pagos que dan soporte a aquellas indemnizaciones mediante el juego con salarios más bajos se apunta por ejemplo en Güell, M., "Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral", *Els Opuscles del CREI*, 26/2010, pp. 7 y ss.

tanto para el trabajador, como para los empleadores, como para la sociedad en su conjunto. Tal manera consistiría sencillamente en negociar con el empleador la asunción por el mismo de los costes en cierto tipo de despidos, particularmente en los despidos caprichosos e injustificados[13].

Sucede así porque la gestión del riesgo de despido exclusivamente por los trabajadores, en régimen de autoprotección pura, de espaldas o sin ningún tipo de contacto con los empleadores, produce la típica ineficiencia de "dilema del prisionero" que puede aparecer cuando dos sujetos involucrados o implicados en un mismo asunto abordan por separado, sin ningún tipo de cooperación, diálogo o interlocución, la solución de un problema que concierne a ambos. Pero esta ineficiencia puede remediarse simplemente tendiendo puentes y habilitando canales de comunicación empresa/trabajadores, pues como ha puesto de relieve la teoría de juegos la interlocución que propiciará la apertura de tales canales determinará la aparición de soluciones de cobertura del riesgo de despido (particularmente los despidos injustificados o arbitrarios, como venimos diciendo) económicamente más eficientes, beneficiosas no sólo para los trabajadores sino también para las mismas empresas y para toda la sociedad. La razón es que como la financiación de la cobertura del riesgo de despido termina siempre basculando sobre los salarios, es obvio que si el riesgo que debe cubrirse es más alto, más será la cantidad de salario que los trabajadores tendrán que descontar de sus rentas para financiar tales costes de aseguramiento, con la consiguiente demanda de mayores salarios a las empresas, que de este modo verán incrementados los costes de producción: al final la empresa no queda exenta o al margen de la autocobertura del riesgo de despido por el trabajador, pues tal riesgo termina por vasos comunicantes afectando a los costes de producción y por tanto a los márgenes de beneficio y al interés de la empresa, esta es la cuestión. ¿Es posible entonces que la negociación y colaboración de las empresas en la cobertura del riesgo de despido pueda al final, por la rebaja de los costes productivos inducida por el mayor ajuste de los salarios, terminar traduciéndose en una solución más eficiente económicamente, en la medida en la que de tal colaboración empresarial en la cobertura del riesgo de despido, y de la rebaja salarial que la misma suponga, se derive una rebaja más que proporcional de los costes que al final tendrán que asumir las empresas? La respuesta que ofrece el análisis económico del derecho es que sí. Vamos a ver por qué.

Supongamos, por ejemplo, que la forma en la que las empresas aceptaran colaborar con los trabajadores en la cobertura del riesgo de despido consistiera simplemente en asumir los costes de la contingencia de la pérdida del empleo en despidos arbitrarios o injustificados, excluyéndose, por ejemplo, la protección del seguro eventualmente contratado por el trabajador en estos casos con traslado de todos los costes de la cobertura de la contingencia al empresario. Esta solución

[13] *Vid.* Güell, M., "Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral", *cit.*, pp. 13 y 14.

sería más eficiente económicamente que su contraria al reducir los costes sociales de los despidos injustificados. Básicamente porque haría posible una rebaja muy significativa de las primas (o el ahorro) que tendrían que soportar los trabajadores, al reducirse el riesgo objeto de cobertura, que ahora quedaría limitado a los despidos basados en causas justificadas, dejando fuera los que fueran consecuencia de decisiones infundadas o de mero arbitrio empresarial. Esta rebaja en las primas (o el ahorro) determinaría un aumento del salario disponible de los trabajadores, que de este modo no presionarían a la empresa mediante la demanda de retribuciones más altas, manteniéndose ajustados los costes de producción. Es verdad que la empresa asumiría en tales casos también un coste, el de no poder prescindir con tanta libertad de los trabajadores. Sin embargo, ha de tenerse claro que este es un pago que la empresa puede asimilar con poco sacrificio, mucho menos que si se traslada a los trabajadores. Ante todo, porque la empresa sólo estaría asumiendo los costes de las acciones propias, y no las ajenas, lo que reduce el riesgo moral y determina un mejor alineamiento de los incentivos (en otro caso sería el trabajador quien estaría pagando por la incontrolable conducta de otra persona, que además se vería en libre disposición de actuar irresponsablemente y sin asumir los costes de su conducta). Con ello, puesto que los mismos artífices de los despidos injustificados (las empresas) tendrían que asumir los costes de su cobertura, quedarían reducidos al máximo estos eventos de despido, por lo demás ineficientes económicamente, en cuanto que carentes de causa o justificación. No habría lugar, dicho de otro modo, para conductas parásitas que supusieran externalidades, costes sin retorno o decisiones que directamente dañaran la productividad y la economía.

Es más, llegado el caso de que la empresa decidiera igualmente practicar un despido injustificado o arbitrario, asumiendo los costes de sufragar la contingencia que el mismo supone, la misma estaría en una posición de control total de la información particular necesaria para la toma de una decisión económicamente eficiente, pues nadie estaría en mejores condiciones que ella para medir o calcular si le conviene despedir de manera injustificada a un trabajador valorando lo que ella sabe que el trabajador aporta exactamente a la producción y lo que podría suponer la alternativa de despedirle sin causa o justificación. Dicho de otra manera: si las empresas asumen el coste de los despidos sin causa, las empresas despedirán menos, normalmente sólo cuando el despido tenga fundamentación u obedezca a una razón económica, de modo que constituya un despido eficiente. De este modo, quedarán minimizados los despidos absurdos o sin sentido. Es más, incluso cuando las empresas despidan sin causa lo harán como decimos en el pleno control de la situación, con conocimiento particularizado y *ad hoc* y total involucración en la decisión y de su conveniencia económica ("*skin in the game"*). En todo caso, con carácter general, terminará reduciéndose finalmente el número de despidos objeto de cobertura, conteniéndose con ello los salarios y también los costes de producción.

Más allá de la asunción por las empresas del coste de la contingencia de la pérdida del empleo de los trabajadores en despidos injustificados, la colaboración de las mismas con los trabajadores en la cobertura del referido riesgo revelaría gran utilidad también cuando se tratara de despidos objetivos, no imputables a la voluntad de empresarios ni trabajadores, sino basados en causas o circunstancias inasequibles al control total de las partes. De entrada, porque la participación de las empresas permitiría en tales casos un gestión colectiva o mutualizada del riesgo –común para un número amplio de trabajadores- que haría posible obtener beneficios de escala considerables, no sólo en términos de administración o gestión del riesgo, sino también en términos de posición negociadora con eventuales entidades aseguradoras, etc. También porque las empresas disponen por definición de más y mejor información que los trabajadores acerca de las circunstancias por las que suele justificarse un despido objetivo (*vgr.,* causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), lo que las coloca en una posición ventajosa de control del riesgo, de las posibilidades reales de que el mismo llegue a materializarse, de lo que dure la situación crítica que pueda traducirse en despidos, de la posibilidad de acudir a cauces alternativos, del coste que todo ello pueda suponer efectivamente para la empresa, algo que les permite calcular más precisamente la magnitud del riesgo que deba efectivamente cubrirse y la cuantía de las provisiones que sea conveniente hacer, evitando sobreprotección redundante, o al revés, y brindando una cobertura más eficiente (la empresa puede evitar el riesgo a costes más bajos: *cheapest cost avoider*). Sin olvidar, por supuesto, que la colaboración de las empresas con los trabajadores en la cobertura del riesgo de despido objetivo justificado podría traducirse en una menor presión salarial, con la consiguiente rebaja de las demandas retributivas de los trabajadores; claro que este efecto estaría seriamente condicionado por la posible existencia de límites salariales mínimos –regulaciones de salario mínimo- pues en estos casos lo que la empresa habría pagado en primas de cobertura del riesgo de despido no podría luego recuperarlo con salarios más bajos[14].

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta -y esto es importante- que la colaboración de las empresas en la cobertura del riesgo de despido objetivo justificado produce sobre todo el muy importante efecto de reducir la posibilidad de aquellas extinciones en las que la causa objetiva de despido ofrezca en su definición un margen que no sea completamente ajeno a la interpretación de la empresa, que, de este modo, al participar, dentro de ciertos límites, en la determinación de la causa (causas económicas, técnicas, organizativas, de producción), en condiciones normales (*i.e.,* no colaborando en la cobertura), podría verse tentada por razones obvias a entender que hay justificación para los despidos objetivos en situaciones inciertas. Y es que, si la empresa asume el coste de estos despidos, habrá quedado

[14] *Vid.* Güell, M., "Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral", *cit.*, pp. 25 y 26.

ya neutralizado el incentivo de interpretar las casusas de despido objetivo dudosas con un sesgo pro-extintivo, en la medida en la que la empresa sabrá que tal interpretación le terminará suponiendo un coste, al tener que terminar pagando más para la cobertura de un mayor número de extinciones. El copago de la empresa en la cobertura del riesgo de despido objetivo justificado simplemente opera como un mecanismo de internalización de los costes de los despidos objetivos con justificación dudosa o incierta, rebajando tales despidos y los costes que los mismos suponen.

Lo óptimo sería por tanto que la empresa asumiera una cierta colaboración, en la proporción que se estimara oportuna, también en la cobertura del riesgo de despidos objetivos justificados. Colaboración que, por supuesto, siempre tendría que ser de menor cuantía que la que la empresa asumiría en los despidos sin causa, pues en otro caso la empresa no tendría incentivos para discernir entre un despido injustificado o justificado y optar por este cuando hubiera causa por resultarle más barato y sólo por aquel en el caso contrario. De paso, con ello el trabajador sabría que tendría que asumir parcialmente la cobertura de la contingencia, no protegida íntegramente por la empresa en despidos objetivos justificados como decimos, lo que le provocaría la necesidad de ser proactivo y luchar para combatir la extinción objetiva de su contrato, algo que si es verdad que puede carecer de relevancia en despidos económicos (completamente ineluctables para él), sí puede tenerla en despidos objetivos relacionados con circunstancias inherentes a su persona, como puedan ser los debidos a ineptitud sobrevenida o a falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo. Pues acontece que estos casos, análogamente a como acontece respecto de la empresa en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la operativa del trabajador –su conducta profesional (aspecto subjetivo)- no puede segregarse completamente de la causa de despido (aspecto objetivo), de modo que si se hace saber al trabajador que en estas situaciones no sólo se producirá el efecto de la pérdida del empleo, sino el de tener que asumir parte del pago de la contingencia de la pérdida del trabajo, el mismo podría sentirse menos tentado de conceder sin resistencia una extinción objetiva del contrato por ineptitud o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo. La solución óptima de cobertura del riesgo de despido objetivo justificado en términos de eficiencia sería por todo ello según el análisis económico del derecho la de distribución del sacrificio entre empresarios y trabajadores. La asunción compartida de la carga por empresarios y trabajadores en estos casos no sería por tanto cuestión de justicia salomónica –como el despido objetivo responde a una circunstancia que no es culpa ni del empresario ni del trabajador, ambos deben asumir los pagos correspondientes- sino que obedecería razones de eficiencia económica y de reducción del coste social de tales despidos[15].

[15] Sobre los márgenes de incertidumbre o zona gris que siempre envuelven las causas de despido, particularmente en lo que atañe a su siempre disputada imputabilidad a las partes, y la

7. RACIONALIDAD DEL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN LEGAL Y TASADA

Si los cambios y las relaciones de producción tienden a terminar rigiéndose, como se supone desde el análisis económico del derecho, por criterios de eficiencia económica -reducción de los costes y maximización de las ganancias tanto de trabajadores y empresas como de terceros (usuarios y consumidores de los servicios y los productos)- parece entonces plausible pensar que, si dejáramos al mercado de trabajo y a las relaciones de intercambio que le son propias desenvolverse sin interferencias, los riesgos de despido de los trabajadores acabarían finalmente cubiertos no de modo exclusivo y autónomo por los trabajadores afectados sino mediante acuerdos entre trabajadores y empresarios, acuerdos de los que resultarían compromisos de colaboración empresarial -de asunción por las empresas de los costes de cobertura de la contingencia de desocupación- tanto cuando se tratara de despidos sin causa o arbitrarios, fruto exclusivamente de la voluntad o el mero arbitrio de la empresa, y que esta debiera cubrir en su totalidad, como cuando se tratara de despidos justificados, por ejemplo por circunstancias objetivas, en los que lo más adecuado en términos de eficiencia económica sería como hemos dicho una solución de distribución o reparto de costes entre empresarios y trabajadores; por descontado, en los despidos disciplinarios, sería el trabajador quien tendría que soportar íntegramente los costes de la contingencia extintiva, imputable a la postre a una conducta suya libremente determinada. Pero estas soluciones colaborativas sólo podrían llegar a darse cuando, como han desvelado los análisis coasianos, empresarios y trabajadores operaran en un mercado en el que fuera posible la interlocución y el intercambio fluido de información y las negociaciones y en el que en general no resultaran significativos los costes de transacción. De hecho, una de las máximas fundamentales del análisis económico del derecho es como se sabe que en ausencia de costes de transacción los recursos y los bienes económicos quedarán automáticamente asignados, mediante las correspondientes negociaciones entre los agentes del mercado, en el uso económico más eficiente, es decir, en las manos de quienes más valoran tales recursos, produciéndose así un equilibrio tendencialmente óptimo en términos de Pareto. La cuestión es entonces, ¿hay alguna circunstancia o coste de transacción que pueda oponerse a que tales resultados se consigan y que justificaría una intervención regulatoria desde el Estado en materia de despido? Téngase en cuenta que el análisis económico del derecho no descarta absolutamente la intervención regulatoria de las relaciones privadas de intercambio económico, admitiendo por el contrario regulaciones estatales más allá del reconocimiento y definición precisa de los derechos de propiedad y la libertad de contratación cuando la existencia de costes de transacción elevados impidiera que los sujetos privados pudieran alcanzar soluciones asignativas óptimas mediante el

dificultad de desconectar cierto arbitrio personal de algunas causas extintivas, *vid.* Güell, M., "Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral", *cit.*, pp. 4 y ss.

intercambio de información, la negociación y los contratos privados, regulaciones cuyo objeto sería precisamente la recreación de las cláusulas que se supone que los particulares habrían llegado a acordar mediante pactos si no hubiera tales costes de transacción.

Pensamos que sí puede haber alguna circunstancia que podría dificultar que la acción espontánea de empresarios y trabajadores llegara a producir por sí misma resultados cooperativos eficientes en términos de cobertura de los costes asociados al riesgo de despido, circunstancia que por lo tanto vendría a justificar una regulación estatal sustitutiva capaz de establecer forzosamente un equilibrio asignativo eficiente con el que vendrían a simularse las cláusulas que habrían acordado empresarios y trabajadores en ausencia de costes de transacción. Tal circunstancia tiene que ver principalmente, primero, con la dificultad de parametrizar el riesgo de despido y de definir con precisión el daño y el coste que el mismo puede representar para cada caso, y, segundo, sobre todo, con las inseguridades e incertidumbres que suscita determinar en qué caso un despido deberá considerarse arbitrario o injustificado, justificado por ciertas causas -que habrá que definir- o consecuencia del incumplimiento disciplinario de los trabajadores, distinciones que como hemos visto resultan de capital importancia a la hora de definir los incentivos e imputar adecuadamente las pertinentes responsabilidades. En efecto, las aludidas incertidumbres, cuya disipación es crucial para que los sujetos privados puedan lograr espontáneamente soluciones asignativamente eficientes, pueden constituir barreras infranqueables para la negociación y el acuerdo entre empresarios y trabajadores, que no podrán asumir por sí mismos los costes de tiempo, dedicación, gestión de la información, negociación, solución de disputas, etc, que conllevaría la solución autónoma del referido problema de la cobertura óptima del riesgo de despido. Determinar en efecto *a priori* la posibilidad de que pueda producirse un despido, estimar el daño que tal despido hipotético pueda representar en caso de darse, distinguir cómo tenga que distribuirse el coste de su cobertura según tal despido sea o no justificado o cuál sea la causa del mismo, determinar la cantidad económica concreta que haya de satisfacerse para hacer frente a la contingencia cuando se dé, todas estas incógnitas sólo podrían despejarse *motu proprio* por trabajadores y empresarios a costes significativos. Y es como decimos lo elevado de estos costes de transacción lo que explicaría la existencia de la regulación legal de las indemnizaciones de despido, cuyos términos vendrían por cierto a coincidir con lo que hemos estimado que acordarían empresarios y trabajadores a falta de costes de transacción, en línea con lo que es razonable en términos de asignación eficiente de recursos y de reducción de los costes sociales de los despidos según el análisis económico del derecho.

Todo esto que venimos diciendo se verifica en el sistema legal español de protección frente al despido, que, por cierto, entendemos en sentido amplio conformado tanto por las reglas de conceptuación de los tipos de despido diferenciados según sus causas (despido disciplinario, despido objetivo,

despido arbitrario o injustificado), junto con las previsiones de procedimiento correspondientes (judicialización de las competencias de solución de conflictos de despido, determinación de los plazos, trámites y recursos, ejecutabilidad de las resoluciones adoptadas, etc), como también por las reglas de fijación de las cuantías a abonar, por quien corresponda, cuando tenga lugar efectivamente el despido y se actualice la contingencia de la pérdida del trabajo, entre las que deberán incluirse, hay que subrayarlo, no sólo las que establecen las indemnizaciones de despido en sentido estricto sino también las que regulan las prestaciones de desempleo, en la medida en la que todas tienen a la postre naturaleza de medidas de provisión económica para enfrentar la contingencia de pérdida del empleo[16]. Y se verifica -decimos- porque las referidas regulaciones vienen a replicar las soluciones que desde la lógica del análisis económico del derecho –de eficiencia en la asignación de los recursos productivos y de minimización del coste social de los despidos- hemos venido diciendo que en hipótesis terminarían imponiéndose espontáneamente por la interlocución y la negociación entre los propios empresarios y trabajadores en ausencia de costes de transacción[17].

Es verdad que esto apenas se aprecia en las prestaciones legales de desempleo, que no hacen depender la protección dispensada del tipo de causa de despido de que se trate –salvo para excluirla en extinciones voluntarias del trabajador (y en el pasado en despidos disciplinarios procedentes)-, con independencia de que sí aparezcan organizadas, al menos las contributivas, con una técnica de tipo aseguratorio en la que la mutualización del riesgo de despido consigue rebajar los costes que representaría su cobertura individualizada, en los términos que hemos señalado más arriba. Pero si se ve claramente en las indemnizaciones legales de despido, porque es evidente que su diversificación según el tipo de despido de que se trate –arbitrario o injustificado, objetivo, disciplinario-, revela un esquema de incentivos para trabajadores y empresarios enteramente similar al que hemos visto que consolidaría espontáneamente la práctica de la interlocución y las negociaciones si no hubiera costes de transacción. Y es que, en efecto, sucede que

[16] Un sector de la doctrina entiende, por el contrario, que entre las prestaciones de desempleo y las indemnizaciones de despido mediarían diferencias de naturaleza insalvables y decisivas, argumentando que la asimilación de ambas figuras buscaría legitimar las propuestas de reducción de las indemnizaciones de despido, mucho más fáciles de asimilar si se diera por hecho que los trabajadores ya estarían cobrando parte de tales indemnizaciones en forma de prestaciones de desempleo; *vid*. Gorelli Hernández, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito, cit.,* pp. 227 y ss.

[17] La similitud funcional entre las indemnizaciones de despido y las prestaciones de desempleo queda de manifiesto, por ejemplo, en el Convenio 158 OIT, que establece el deber de compensación de los despidos injustificados mediante una indemnización y/o mediante una prestación de desempleo, lo que "nos mostraría que la lógica de las indemnizaciones por despido y de las prestaciones por desempleo es exactamente la misma: cubrir la pérdida esperada de ingresos tras perder el empleo por un despido"; *vid.* Malo, M.A. y García Serrano, C., "Indemnizaciones por despido y prestaciones…", *cit.,* p. 248.

conforme a las reglas legales de indemnización de los despidos la empresa asume todo el coste en los arbitrarios o injustificados (fruto de su voluntad), ninguno en los disciplinarios (fruto de la libre voluntad del trabajador, que precisamente por esto es quien termina asumiendo tales costes) y un coste compartido con el trabajador en los despidos objetivos (no imputables ni al empresario ni a los trabajadores), que no en balde es el resultado al que hemos visto que, según el análisis económico del derecho, conduciría la negociación espontánea entre empresarios y trabajadores si no hubiera costes de transacción.

Pero, ¿por qué el sistema legal español de despido regulado e indemnizado es capaz de hacer frente a costes más bajos a las situaciones de extinción de los contratos de trabajo instadas por las empresas? Pues principalmente porque el sistema legal español de despido, que opera sobre la base de un entramado institucional ya rodado, consolidado y en marcha, permite a empresarios y trabajadores calcular con anticipación el alcance, la calidad y el tipo de soluciones a que podrá llegarse ante la eventualidad de un futuro despido, la probabilidad de que el mismo se produzca y el coste que termine representando, consiguiendo rebajar así sustancialmente la incertidumbre que envuelve este tipo de riesgo y ampliando con ello el margen de maniobra de las partes para la toma de decisiones presentes[18]. Es importante subrayar que este efecto de seguridad jurídica en torno al despido, que no puede improvisarse, y que empresarios y trabajadores no pueden alcanzar espontáneamente por la existencia de costes de transacción, según hemos dicho, no es sólo importante porque –efecto directo- reduce el coste social de los despidos (empresarios y trabajadores pagarán menos para hacer frente a esta contingencia) sino también porque –efecto indirecto- el resultado inducido de aclaramiento de la niebla que envuelve el siempre acechante "riesgo de despido" libera y habilita a empresarios y trabajadores para avanzar en la toma de decisiones económicas beneficiosas que no podrían adoptarse en un entorno de riesgo e

[18] "Cabría afirmar de manera muy sucinta que la problemática fundamental del modelo de despido libre (estadounidense) estriba en la inseguridad jurídica que crea la falta de regulación; además, existe una altísima judicialización: como es muy difícil prever el resultado final, las partes tienen menos predisposición para alcanzar acuerdos extrajudiciales; por eso, los detractores del "employment at will" sugieren mejorar el sistema inspirándose en los vigentes en países europeos [Porter, N. B., "The perfect compromise: bridging the gap between at will employment and just cause", *Neb. L. Rev*., 87/2008, pp. 62-124. Ed. Digital]; termino con cifras que se suelen desconocer en España: históricamente, en estados como el de California, los trabajadores han ganado el 75% de los juicios sobre despido y cobrado indemnizaciones de 450.000 dólares de media (pudiendo alcanzar hasta 20 millones de dólares); asimismo, incluso en los casos en que las empresas ganan tras juicios que pueden prolongarse durante años, deben asumir costes judiciales que oscilan entre los 100.000 y los 200.000 dólares (St. Antoine, T. J., "Employment at will – Is the Model Act the Answer?", *Stetson L. Rev.*, 23/1993, pp. 179-197. Ed. Digital); no es de extrañar, por tanto, que cuando un abogado español explica el sistema de despido español a un abogado estadounidense, éste concluya: *si yo tuviera una regulación clara y predecible ello me permitiría resolver un despido con una indemnización tasada legalmente, evitando largos y costosos juicios*". *vid.* Pérez Martínez, C., "Del despido libre pagado al despido libre gratuito: ¿falsa panacea?", *cit.,* ep. 3.

incertidumbre. No es sólo por tanto que, por sus características, el sistema legal español de despido consiga rebajar los costes de los despidos sino que por su efecto disolvente sobre la incertidumbre hace posible una mejor gestión del riesgo que comporta la posibilidad de esta contingencia futura, desbloqueando y anticipando las decisiones económicas de empresas y trabajadores y acelerando y aumentando las operaciones de intercambio y el desenvolvimiento de la actividad económica[19].

¿Y cuáles son las características del sistema español de despido regulado e indemnizado que permiten afirmar que tal sistema es funcional en la obtención de estos resultados? Creemos que básicamente dos. De un lado, su capacidad para discernir razonablemente bien las distintas situaciones de despido relevantes para diversificar la regulación de sus consecuencias, algo que resulta fundamental en términos de correcto alineamiento incentivos, y particularmente para distinguir entre despidos disciplinarios, objetivos y arbitrarios o injustificados[20]. Esta crucial capacidad del sistema legal español de discriminar diferentes situaciones de despido -aclaramiento de los "despidos ruidosos", que acontecen cuando su causa real no queda determinada[21]- es fruto principalmente no sólo de una asentada y contrastada cultura de regulación del despido y sus distintos tipos y causas en el ordenamiento y el sistema de relaciones laborales español (certidumbre sustantiva en torno a la diferenciación entre despidos disciplinarios, objetivos y arbitrarios o injustificados), sino también de la confianza de los agentes en el juego eficiente –previsible, rápido, seguro- del aparato de solución de los conflictos que suelen darse en torno a los mismos (certidumbre adjetiva sobre la catalogación efectiva y ejecutiva de un despido como lo que deba corresponder según cual sea la causa

[19] Sobre la importancia económica de la certidumbre en torno al despido y sus efectos sobre el buen funcionamiento del mercado de trabajo, el sistema productivo y la ocupación y el empleo, *vid.* Güell, M., "Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral", *cit.*, pp. 2 y ss.

[20] La pertinencia de esta "terna clasificatoria" -despidos *disciplinarios, objetivos y arbitrarios o injustificados*- en términos de utilidad para el análisis de la diversificación de las reglas de despido desde el punto de vista de los incentivos que determinan para empresarios y trabajadores queda confirmada por el hecho de su utilización también en otros análisis de las reglas de despido en perspectiva económica; por ejemplo, cuando se dice que "es útil pensar en la EPL (*employment protection legislation*, *i.,e.,* normativa de protección del empleo) europea a dos niveles: en un primer nivel, la EPL dice sencillamente que la ley establece la indemnización por defecto mencionada anteriormente para los trabajadores que pierdan sus puestos de trabajo por causas consideradas ajenas al control del trabajador (despidos objetivos, diríamos nosotros); y, además, la inexistencia de una indemnización cuando la pérdida del puesto de trabajo se debe a un comportamiento inadecuado del mismo trabajador (despidos disciplinarios); en un segundo nivel, la ley establece la mayor indemnización mencionada anteriormente para cualquier caso que se lleve a juicio y que se resuelva a favor del trabajador (despidos injustificados y arbitrarios)"; *vid.* Güell, M., "Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral", *cit.*, p. 5.

[21] Vid. Güell, M., "Costes y conflictos de despido, y el funcionamiento del mercado laboral", *cit.*, pp. 26 y 27.

del mismo)[22]. De otro lado, es también decisiva la capacidad del sistema para determinar con precisión cuál será la cobertura de la que dispondrán los trabajadores afectados por los despidos, y cuál será el coste exacto que para cada tipo de despido tendrán que asumir tanto trabajadores como empresarios[23]. La precisión del sistema legal español de despido en este aspecto existe y es consecuencia, primero, de la predeterminación exacta de las prestaciones y ayudas por desempleo que los trabajadores tendrán cuando se produzca la contingencia, así como del coste y los sujetos que tendrán que asumirlo (cotizaciones por desempleo); y, segundo, de la predeterminación cerrada de las cuantías de las indemnizaciones de despido que tendrán que soportar las empresas[24] –o los trabajadores- según la extinción del contrato termine definiéndose como despido disciplinario, objetivo o arbitrario o injustificado[25].

El hecho de que el sistema legal de despido español haya venido operando durante muchos años sin grandes fisuras, con un alto grado de consenso tanto por parte de los trabajadores como de las empresas, permite afirmar *ex consequentiis* que se trata de un modelo que estaría logrando efectivamente el objetivo gestionar el problema de los despidos a costes sociales asumibles[26]. De modo que si nos

[22] La clave, dicho de otro modo, sería la "solvencia institucional" del sistema de despido, fundamental para reducir el peso de los llamados "costes terciarios" de los conflictos, representados por lo que supone tener que dotar cauces, nunca gratuitos, para dirimir las diferencias entre agentes económicos; *vid.* Calabresi, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (traducción de J. Bisbal), Ariel, Barcelona, 1984, pp. 288 y ss.

[23] Algo siempre relacionado por cierto, tanto en lo que respecta a las prestaciones de desempleo como en lo que respecta a las indemnizaciones de despido, con la antigüedad o el tiempo de servicio del trabajador en la empresa, circunstancia que no sólo revelaría que los salarios generados y efectivamente obtenidos por el trabajador son la fuente financiadora última de esta protección, sea asumida por el trabajador o por el empresario, como hemos venido sosteniendo aquí, sino que certificaría también la causa de la protección misma: la cobertura de una contingencia que se produce por la quiebra en la expectativa del mantenimiento de un contrato cuya ruptura produce daño económico al trabajador, mayor cuanto más haya venido durando la relación de colaboración -la expectativa de conservación- del contrato que se rompe; *vid.* Valdés Dal-Ré, F., "El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente", *Relaciones Laborales*, I/1996, pp. 89 y 90; Gorelli Hernández, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito, cit.,* pp. 114 y ss.

[24] *Vid.* Malo, M.A., "La regulación del despido disciplinario: Un análisis económico", *Estudios sobre la Economía Española*, FEDEA, 2002 (http://www.fedea.es/hojas/publicado.html), p. 18; Lahera Forteza, J., "El despido libre pagado con cheque al trabajador (Comentario a la STS 4ª de 6 de marzo de 2008)", *Relaciones Laborales*, 18/2008, p. 631.

[25] *Vid.* Cavas Martínez, F., "Control de convencionalidad e indemnización por despido improcedente", *Lefebvre-Revista de Jurisprudencia*, 30/2021, ep. 4; Beltrán de Heredia, I., "Valor social del trabajo y el despido injustificado *agravado*: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de *disuasión marginal*", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, 1/2022, pp. 59 y 60

[26] Es pertinente aquí invocar la tesis de Alchian, que postula la inviabilidad de los sistemas institucionales ineficientes, condenados a ser sustituidos por soluciones evolutivas más funcionales,

encontramos ante una solución razonablemente equilibrada y eficiente, más allá del eventual "ajuste cuantitativo" de las indemnizaciones, no deberían acaso hacerse, por puras razones ideológicas y sin el correspondiente análisis técnico, fatuos experimentos de alteración del "delicado equilibrio esencial" en el que se encontrarían y serían funcionales los términos del actual sistema legal español de despido, sea postulando la plena liberalización del despido, *vgr.,* reclamando la figura del "*employment at will*", sea promoviendo su máxima restricción y penalización, *vgr*., invocando la necesidad de que los jueces complementen las indemnizaciones legales y tasadas valorando *ad casum* el daño efectivamente experimentado por los trabajadores con objeto de que la indemnización restituya *in integrum* del daño experimentado y se reduzcan al máximo las decisiones de despido de las empresas[27], vía esta última cegada por cierto por nuestro el Tribunal Supremo[28].

8. FINAL

La categorización de las indemnizaciones de despido como mecanismos de provisión económica para el afrontamiento de la contingencia de pérdida del trabajo que conlleva la extinción de la relación laboral explica razonablemente bien, desde el análisis económico del derecho, los elementos estructurales y los aspectos más básicos de nuestro sistema legal de despido: la distinción entre despidos arbitrarios o injustificados, objetivos y disciplinarios; la distribución del coste de los mismos entre empresarios y trabajadores según el caso; también la cuantía debida de los pagos indemnizatorios, cuando se asuma que será la empresa quien –con repercusión finalmente sobre los salarios, esto hay que subrayarlo- tenga que soportar en todo o en parte el coste de la contingencia mediante el abono a los trabajadores de las indemnizaciones correspondientes. Y explica asimismo por qué las indemnizaciones, a diferencia de lo que acontece con las prestaciones de desempleo, aparecen legalmente definidas como pagos emergentes y directos que deberían asumir las empresas en casos de despido, sin posibilidad de aseguramiento (no sólo en los despidos arbitrarios o injustificados, por razones obvias –nulidad de las condiciones contractuales potestativas- sino seguramente también en los despidos objetivos): evitar la despersonalización de la

algo que viene a certificar que una regulación que perdura en el tiempo forzosamente ha de tener cierta utilidad o razón de ser; *vid.* Alchian, A., "Uncertainty, Evolution and Economic Theory", *Journal of Political Economy*, 58/1950, pp. 211-221.

[27] *Vid.* Fernández Márquez, O., "Indemnizaciones legales tasadas por extinción de la relación laboral. Apunte crítico sobre las nuevas propuestas de complementación judicial mediante compensaciones adicionales", *El Derecho del trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, La Coruña, 2023, pp. 164 y 165.

[28] *Vid*. TS 16 julio 2025 (rcud 3993/2024), y la previa –gemela- TS 19 diciembre 2024 (rcud 2961/2023).

responsabilidad por dispersión de la carga de hacer frente a la contingencia de los despidos (un efecto naturalmente asociado a la técnica del seguro), todo ello con el objetivo de incentivar a la empresa para evitar despidos arbitrarios o injustificados, *ie.,* despidos cuya realización no resulte necesaria o totalmente inevitable.

Téngase presente que entre los despidos arbitrarios o completamente infundados (fruto del mero capricho empresarial, necesariamente raros en una economía de mercado, en la que cabe suponer que las empresas tenderán a guiarse por criterios de eficiencia económica, y no de modo caótico o por capricho) y los despidos objetivos (basados en causas legales típicas), dejando por supuesto al margen los disciplinarios (no indemnizados), media como hemos señalado el tercer y amplio género de los despidos dotados de cierto fundamento económico (por tanto no arbitrarios o caprichosos) pero carentes de respaldo en las causas legales explícitas del despido (como pudiera ser el caso, por poner sólo un ejemplo significativo entre los muchos posibles, de los despidos por absentismo, suprimidos en nuestro ordenamiento con la Ley 1/2020, 15 julio). Pues bien, corresponde señalar que estos despidos injustificados, legalmente atípicos pero dotados de cierto fundamento, y por tanto no necesariamente arbitrarios, ni radicalmente prohibidos, como hemos dicho, junto con los despidos objetivos legales, obviamente (para muchas de cuyas causas queda también un margen de definición por los sujetos interesados, empresarios y trabajadores) -y no los despidos caprichosos o arbitrarios, forzosamente marginales en una economía de mercado, y que sí están prohibidos-, que no constituyen como decimos una "cantidad despreciable", son los que quedarían desincentivados en un contexto de indemnizaciones a cargo de las empresas. Lo que quiere decir que nuestro sistema legal no estaría buscando prohibir el despido improcedente (que tendencialmente podría contar con cierto fulcro económico) -sí el despido nulo (arbitrario, caprichoso, ilegal)-, sino simplemente conducir o administrar su práctica mediante la imposición de un precio (la indemnización de despido improcedente), obviamente más alto que el dispuesto para el despido respaldado en una causa legal típica.

Conviene añadir además que, sin salirnos del horizonte de la consideración de las indemnizaciones de despido como provisiones económicas para hacer frente a la contingencia de desempleo post-despido, la perspectiva de análisis a la que nos ceñimos es capaz de recoger con solvencia la doble funcionalidad reparatoria y punitivo-disuasoria que es común -y pertinente- asignar a las indemnizaciones de despido. De un lado, porque la cuantía de estas indemnizaciones se determina en nuestra perspectiva como la estrictamente necesaria para reparar el daño que supone la pérdida del empleo (todo lo necesario) pero sin que ello comprometa o constriña indebidamente la fuente financiadora subyacente real y última de estos pagos, los salarios de los trabajadores (sólo lo necesario), que es lo que -*id quod interest*- se supone que las partes involucradas en el despido -empresarios y trabajadores- acordarían si tuvieran información y pudieran negociar en un contexto de ausencia de costes de transacción. De otro lado porque la cuantía de las

indemnizaciones definida en los términos referidos es capaz de inducir *per se* un efecto punitivo-disuasorio adecuado sobre los despidos, al trasladar el coste de los mismos a quien los practique en relación de proporcionalidad directa con el margen de libertad con el que se decidan las extinciones (más caras cuanto más voluntarias y menos justificadas resulten). Al menos, esto es importante subrayarlo, siempre que se cumpla la condición de no aseguramiento del riesgo de pago de las referidas indemnizaciones, algo que, como ya hemos señalado, va de suyo en los despidos causados voluntaria o intencionadamente, por la nulidad de las condiciones potestativas. El efecto punitivo-disuasorio de las indemnizaciones sobre el despido queda así determinado en términos ponderados, pues ni estamos ante una solución totalmente permisiva con los despidos, menos permisiva por cierto cuanto más libres resultan, ni tampoco ante una solución maximalista de prohibición de los despidos, completamente inasumible en una economía de mercado, por razones obvias.

Cuestión distinta es que se juzgara que las indemnizaciones de despido que quedan legalmente determinadas en los términos que apuntamos -como *proxy* de lo que cabe suponer que empresarios y trabajadores acordarían espontáneamente para la provisión económica de la contingencia de pérdida del trabajo a un coste social bajo en defecto de costes de transacción- resultaran insuficientes, sea porque se quisiera actualizarlas, sea porque se quisiera compensar mejor el daño que sufren los trabajadores y/o porque se quisiera sobre todo reducir los despidos dificultando en mayor medida el margen de las empresas para prescindir de los servicios de los trabajadores que han contratado. En este caso podrían ponerse al día las indemnizaciones de despido, o podrían incrementarse sustancialmente para que operaran a modo de daños punitivos incrementando notablemente su capacidad disuasoria sobre los despidos. O podría dotarse de un sistema de multas administrativas exigibles de oficio para los casos en que se practicaran cierto tipo de despidos. O incluso también podría plantearse la introducción de impuestos dirigidos a gravar los despidos cuya práctica quisiera inhibirse. Todo esto podría hacerse si es que se quisiera dificultar, o incluso prohibir, los despidos reduciendo la rotación laboral atando los trabajadores a las empresas -o las empresas a los trabajadores- y protegiendo de este modo a los trabajadores: *rectius,* a *insiders* frente a *outsiders*, pues los costes altos de despido evitan que se despida, pero también que se contrate.

No obstante, al margen del efecto que un sistema rígido y anti-rotación como este pudiera suponer según apuntamos en términos de igualdad de oportunidades de todos los trabajadores, *insiders* y *outsiders*, o en términos de flujo, intercambio y asignación eficiente de los factores productivos en el mercado, no puede pasarse por alto el riesgo que el mismo representaría también para la eficiencia y el funcionamiento de las empresas, que tendrían que quedarse con trabajadores menos productivos y presionar sobre los salarios para financiar los despidos -más caros- de estos trabajadores, lo que haría subir finalmente los costes de producción

y/o terminaría elevando los precios de los productos y los servicios. Puede ser conveniente por tanto que las empresas indemnicen a los trabajadores en ciertos supuestos de despido, porque ello reducirá el coste social de las extinciones, ya que el despido libre no es la mejor de las soluciones. Pero sin excederse. La solución está por tanto en un punto intermedio entre la regulación y la indemnización de los despidos y la concesión de un margen a las empresas. Cuál sea tal punto de equilibrio no es fácil decirlo, pero sí cabe afirmar como hemos señalado que el sistema legal de despido español, simplemente por haberse mantenido funcional de manera pacífica a lo largo de varios años, podría no estar tan lejos de tal equilibrio. Las propuestas para cambiarlo, eventualmente convenientes o necesarias, habrán de ser sometidas por ello al escrutinio técnico pertinente y despojadas del velo ideológico en el que suelen aparecer envueltas. La niebla ideológica se entiende, y es natural, en el ámbito de la política, pero debería disiparse, o al menos ser diagnosticada como tal, en el ámbito del análisis técnico del derecho.

EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN A LOS PROGRAMAS DE POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

THE FIXED-DISCONTINUOUS CONTRACT IN LOCAL PUBLIC EMPLOYMENT: A PROPOSAL FOR APPLICATION TO ACTIVE EMPLOYMENT POLICY PROGRAMS

Juan José Rodríguez Bravo de Laguna
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna
ORCID: 0000-0002-2845-4667

RESUMEN **Palabras clave:** contrato fijo-discontinuo, empleo público, políticas activas de empleo, reforma laboral

La finalización de la disposición adicional novena de la Ley 3/2023, de 28 de diciembre, de Empleo, ha dejado un vacío normativo que afecta a la contratación del personal técnico en los programas públicos de empleo y formación desarrollados por las corporaciones locales. Este trabajo examina el contrato fijo-discontinuo como alternativa jurídica idónea para garantizar la continuidad de dichos programas, equilibrando la estabilidad laboral con la flexibilidad organizativa necesaria en la gestión pública. Se analizan los presupuestos materiales y formales que legitiman su utilización, el régimen de llamamiento y las garantías de igualdad, transparencia y protección social. La investigación concluye que esta figura, correctamente aplicada, permite consolidar empleo estable en el sector público local sin vulnerar los principios de mérito, capacidad e igualdad.

ABSTRACT ***Keywords:*** *fixed-discontinuous contract, public employment; active labour market policies; labour reform*

The expiration of the ninth additional provision of Law 3/2023, 28th December, on Employment has created a regulatory gap affecting the recruitment of technical staff in public employment and training programmes implemented by local authorities. This paper analyses the fixed-discontinuous contract as a suitable legal mechanism to ensure the continuity of such programmes, balancing employment stability with the organisational flexibility required in public management. It examines the material and formal requirements for its lawful use, the call-back system, and the guarantees of equality, transparency and social protection. The study concludes that this contractual form, when properly applied, enables the consolidation of stable employment in the local public sector while respecting the principles of merit, ability, and equality.

 Recepción original: 08.01.2026. Aceptación: 05.02.2026

ÍNDICE

1. Introducción: la gestión de necesidades estructurales discontinuas en las administraciones públicas
2. El supuesto de partida: los programas de empleo y formación tras la ley orgánica de formación profesional
3. Naturaleza jurídica y transformación conceptual del contrato fijo-discontinuo tras la reforma laboral
4. Los límites legales de la contratación laboral en las administraciones públicas y su incidencia en el contrato fijo-discontinuo
5. Alternativas jurídicas para la cobertura de las necesidades de personal técnico en los programas de empleo y formación
6. El régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo aplicado a las administraciones públicas
   - 6.1. Presupuestos habilitantes y delimitación de la causa de discontinuidad en los programas de empleo y formación
     - 6.1.1. Requisitos materiales
     - 6.1.2. Requisitos formales
     - 6.1.3. Control de legalidad y acreditación reforzada en el sector público
   - 6.2. El llamamiento como eje estructural y garantía reforzada en el sector público
     - 6.2.1. Contenido y naturaleza del derecho-deber al llamamiento
     - 6.2.2. Procedimiento, forma y medios de comunicación
     - 6.2.3. Transparencia, control y efectos del incumplimiento
   - 6.3. Garantías de igualdad y protección social en las Administraciones Públicas
     - 6.3.1. Igualdad de trato, conciliación y antigüedad
     - 6.2.2. Derecho a información sobre vacantes, conversión y empleabilidad
     - 6.2.3. Cotización, subvenciones y prestaciones
7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN: LA GESTIÓN DE NECESIDADES ESTRUCTURALES DISCONTINUAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La cuestión que vertebra este trabajo surge de un cambio normativo de gran trascendencia práctica: la expiración, a 31 de diciembre de 2024, de la vigencia de la disposición adicional novena de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Esta previsión, de carácter excepcional, había permitido que las Administraciones Públicas y, en su caso, las entidades sin ánimo de lucro recurrieran a la contratación temporal para atender las necesidades de personal técnico en la ejecución de los programas de activación para el empleo. De este modo, el ordenamiento habilitaba la celebración de contratos de duración máxima de doce meses que se utilizaban tanto para los participantes como para el personal técnico de los programas.

La expiración de esta disposición ha generado un vacío regulatorio que afecta de forma inmediata a la gestión de los programas PFAE (Programas de Formación

en Alternancia con el Empleo) y PRODAE (Programas de Orientación y Apoyo al Emprendimiento). Ambos instrumentos forman parte de las políticas activas de empleo desarrolladas por los ayuntamientos, con financiación procedente de los servicios públicos de empleo. Los primeros combinan formación teórica y práctica profesional mediante un contrato laboral orientado a la mejora de la empleabilidad, mientras que los segundos se centran en la orientación y el apoyo al emprendimiento. En ambos casos, las corporaciones locales contratan personal técnico —de dirección, docencia y apoyo administrativo— cuya intervención resulta imprescindible para el correcto desarrollo de los proyectos subvencionados.

Así las cosas, mientras la contratación temporal continúa siendo posible para las personas participantes como destinatarias de las políticas activas, ya no resulta jurídicamente viable acudir a esta modalidad para el personal técnico. Ello plantea una dificultad añadida para las corporaciones locales, pues se trata de programas de carácter recurrente y consolidado, que evidencian la necesidad estructural de contar con equipos estables integrados en un marco de relaciones laborales duradero.

Desde este prisma, la cuestión central no es tanto si cabe mantener la contratación temporal —que la ley descarta expresamente—, como determinar cuál es la modalidad más adecuada para asegurar la continuidad de los programas y evitar el fraude de ley, garantizando a la vez la flexibilidad organizativa que requieren las administraciones locales.

En este contexto cobra sentido el análisis de la contratación indefinida, y en particular de la modalidad fija-discontinua, cuyo régimen fue reformulado por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre[1]. Dicha reforma, fruto del diálogo social y orientada a reforzar la estabilidad en el empleo, ha situado al contrato fijo-discontinuo en una posición central dentro del nuevo sistema de contratación laboral[2], pues está llamado a "aglutinar gran parte de las figuras contractuales condenadas a la extinción" [3]. Se presenta, así, como una posible vía para compatibilizar la continuidad del empleo con la naturaleza cíclica y reiterada de los programas de empleo y formación desarrollados por las corporaciones locales, si bien su utilización en el ámbito de las Administraciones Públicas no está exenta de tensiones jurídicas.

A partir de este marco, el presente trabajo aborda el análisis del contrato fijo-discontinuo en relación con la gestión del personal técnico en el ámbito de las políticas activas de empleo, partiendo del examen del supuesto normativo y

[1] 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).

[2] Carrizosa Prieto, E.: "La nueva regulación de contrato fijo discontinuo. Una visión general", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 152/2022, p. 63.

[3] Ídem, p. 48.

funcional en el que se insertan los programas de empleo y formación, así como de los límites legales que condicionan la contratación laboral en las Administraciones Públicas. Sobre esta base, se estudia la configuración jurídica de esta modalidad contractual tras la reforma de 2021, su posible aplicación a los programas PFAE y PRODAE, las alternativas existentes para la cobertura de estas necesidades y, finalmente, su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social, poniendo de relieve los principales problemas interpretativos que plantea su utilización en el sector público.

No obstante, la utilización de una modalidad contractual de carácter fijo en el ámbito de las Administraciones Públicas plantea interrogantes específicos derivados de los límites legales a la contratación —y no únicamente de naturaleza presupuestaria—, lo que obliga a un análisis previo de su encaje en el sistema de empleo público, de su compatibilidad con los principios que rigen el acceso al mismo y de las alternativas jurídicas disponibles para la cobertura de estas necesidades. Solo desde esta perspectiva resulta posible valorar el alcance y los límites del contrato fijo-discontinuo como instrumento de gestión del empleo público local.

2. EL SUPUESTO DE PARTIDA: LOS PROGRAMAS DE EMPLEO Y FORMACIÓN TRAS LA LEY ORGÁNICA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

La aprobación de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (en adelante, LOFP), ha supuesto una profunda reconfiguración del sistema de formación para el empleo, con la finalidad de unificar y racionalizar un modelo históricamente fragmentado. La norma persigue integrar en un único sistema la formación profesional del ámbito educativo y la formación profesional para el empleo, superando la tradicional dualidad competencial y funcional que había caracterizado este sector.

Esta integración no se limita a una operación de técnica legislativa, sino que altera la arquitectura institucional de las políticas formativas, redefiniendo la posición relativa de los distintos niveles territoriales. El Estado asume una función de dirección estratégica y de garantía de cohesión del sistema, las comunidades autónomas concentran la responsabilidad principal en la programación y gestión de la oferta, y las entidades locales pasan a desempeñar un papel de colaboración en la ejecución territorial de programas concretos, especialmente en el ámbito de la formación vinculada al empleo. De este modo, la LOFP proyecta sobre el conjunto de dispositivos formativos –incluidos los programas de empleo y formación– una lógica de sistema, que condiciona tanto su diseño como la organización de los recursos humanos necesarios para su funcionamiento.

Pese a la entrada en vigor de la LOFP, los programas PFAE y PRODAE continúan rigiéndose formalmente por sus respectivos decretos reguladores autonómicos, que constituyen la base jurídica inmediata para su ejecución por parte de las corporaciones locales. Estos textos definen los objetivos, la estructura de los programas, su duración y los perfiles profesionales necesarios para su implementación. Sin embargo, su vigencia formal no elimina los problemas de coherencia material que se derivan de su encaje en el nuevo sistema integrado, en la medida en que responden a un modelo organizativo concebido en un contexto normativo anterior, caracterizado por una mayor flexibilidad en materia de contratación laboral y por una concepción más fragmentada de las políticas activas de empleo.

La LOFP introduce, además, un elemento de estabilidad estructural en la planificación de la oferta formativa, al configurar un sistema permanente de acreditación, evaluación y actualización de las ofertas que ya no depende exclusivamente de convocatorias coyunturales. Los instrumentos de planificación plurianual y los mecanismos de coordinación interadministrativa refuerzan la previsibilidad de la oferta y, con ello, la continuidad de determinadas líneas de actuación. Esta lógica apunta a que una parte relevante de las necesidades de personal técnico –especialmente en funciones de docencia, orientación y acompañamiento– no se vincula a iniciativas aisladas, sino a la ejecución continuada de una política pública estructural en materia de formación y empleo. La integración entre formación educativa y formación para el empleo, lejos de diluir los programas existentes, tiende a consolidarlos como canales ordinarios de implementación territorial del sistema.

En este contexto, la expiración de la habilitación excepcional prevista en la disposición adicional novena de la Ley de Empleo obliga a revisar críticamente los presupuestos implícitos sobre los que se diseñan y gestionan los programas PFAE y PRODAE. La supresión de dicha cobertura normativa elimina la posibilidad de fundamentar automáticamente la contratación temporal por referencia al carácter subvencionado de los proyectos, desplazando el análisis hacia la verdadera naturaleza de la necesidad atendida y hacia su posición dentro del sistema integrado de formación profesional.

Esta revisión resulta particularmente relevante si se atiende al carácter recurrente y consolidado de estos programas en el ámbito local. Aunque se articulan formalmente como proyectos de duración determinada y sujetos a financiación anual o plurianual, su reiteración sistemática evidencia la existencia de una necesidad estructural de personal técnico especializado en políticas activas de empleo y formación. La ejecución de los programas no responde a actuaciones extraordinarias o imprevisibles, sino a ciclos de planificación que se reproducen con homogeneidad funcional en el tiempo, condicionados por calendarios presupuestarios y por las decisiones de programación autonómica, pero insertos en una política pública estable derivada de la LOFP.

Se produce así una tensión evidente entre la formalización jurídica de programas temporales y la realidad material de unas funciones que se reproducen de manera estable y previsible. El personal técnico no desarrolla tareas accesorias o marginales, sino funciones nucleares para la ejecución territorial de una política pública permanente, ahora integrada en un sistema formativo unificado. Desde esta óptica, el análisis del supuesto de partida no puede limitarse a constatar la imposibilidad de seguir recurriendo a la contratación temporal, sino que exige una reflexión más amplia sobre la calificación jurídico-material de estas necesidades y sobre los instrumentos jurídicos disponibles para atenderlas en el marco del empleo público.

La calificación de la necesidad como estructural condiciona decisivamente las opciones de contratación o nombramiento y determina, al mismo tiempo, la incidencia de los límites derivados tanto de la normativa presupuestaria (oferta de empleo público, tasa de reposición, reglas de prórroga presupuestaria) como de los principios que rigen el acceso al empleo público. Es únicamente a partir de esta reconstrucción del supuesto de hecho –programas recurrentes insertos en un sistema integrado de formación profesional y gestionados por Administraciones sometidas a estrictas reglas de planificación de personal– cuando puede plantearse con sentido la posibilidad de acudir al contrato fijo-discontinuo como mecanismo de gestión del personal técnico vinculado a los programas de empleo y formación. Su eventual idoneidad habrá de valorarse, por tanto, a la luz de los límites legales aplicables al empleo público y de las alternativas jurídicas existentes, cuestiones que se abordan en los epígrafes siguientes.

3. NATURALEZA JURÍDICA Y TRANSFORMACIÓN CONCEPTUAL DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO TRAS LA REFORMA LABORAL

La naturaleza jurídica del contrato fijo-discontinuo ha suscitado una atención constante en la doctrina y la jurisprudencia, en la medida en que de su calificación derivan consecuencias esenciales en materia de derechos laborales, cómputo de antigüedad, extinción contractual y acceso a la protección social. Se trata de una modalidad de contratación indefinida concebida para dar respuesta a aquellas necesidades productivas recurrentes y previsibles, pero no continuas en el tiempo.

La clave de esta figura radica en la continuidad del vínculo jurídico, aunque la obligación de trabajar —y, en consecuencia, de remunerar— solo se active durante los períodos de actividad previamente definidos. El llamamiento de la persona trabajadora, que debe realizarse conforme a criterios objetivos y formales, marca el inicio de cada fase de prestación de servicios, mientras que su finalización no extingue la relación, sino que la mantiene en una situación de latencia, posibilitando el acceso a la protección por desempleo. De este modo, el contrato fijo-discontinuo combina estabilidad y flexibilidad, al tiempo que permite

a la entidad empleadora ajustar su plantilla a las oscilaciones de la actividad sin recurrir a fórmulas temporales.

Tras la reforma del artículo 16 ET operada por el Real Decreto-ley 32/2021, el legislador consolidó un único contrato fijo-discontinuo, aunque con tres modalidades diferenciadas en función de la causa de la discontinuidad[4]: la tradicional; la derivada de contratas y subcontratas; y la de las empresas de trabajo temporal. Esta triple configuración refleja la vocación expansiva de la figura y su papel como instrumento de transición hacia la contratación indefinida en sectores donde antes predominaban los contratos temporales. En otras palabras, el contrato fijo-discontinuo actúa como cauce de integración de numerosos contratos temporales que, tras la reforma, han quedado sin cobertura causal[5], actuando como una válvula de escape[6]. Ahora bien, esta proyección expansiva se ha concebido fundamentalmente desde la lógica del empleo privado, lo que plantea interrogantes específicos cuando se traslada al ámbito de las Administraciones Públicas, sometido a límites propios en materia de acceso y creación de empleo. La verdadera consolidación de esta modalidad dependerá de la correcta aplicación de los principios de transparencia, igualdad y previsibilidad, cuyo alcance adquiere una dimensión singular cuando el contrato fijo-discontinuo es utilizado por las Administraciones Públicas, en las que estos principios se proyectan además sobre el acceso y la permanencia en el empleo público.

En definitiva, la naturaleza jurídica del contrato fijo-discontinuo es la de un contrato *sui generis*, que combina rasgos del contrato indefinido —por la permanencia del vínculo-, del trabajo a tiempo parcial —por la jornada anual efectivamente realizada— y del desempleo —por los períodos de inactividad protegidos—[7]. El reto interpretativo radica en que esa singularidad no erosione el principio de estabilidad que caracteriza a toda relación indefinida, especialmente cuando esta modalidad se inserta en organizaciones públicas con estructuras de empleo rígidas y sometidas a planificación normativa.

[4] Según Lousada Arochena, J. F. y Rodríguez Rodríguez, E., *El contrato fijo discontinuo: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2025, p. 24.

[5] En sentido similar, López Terrada, E., *La redefinición de la temporalidad y fijeza laborales: nuevos límites, nuevas incertidumbres*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 25.

[6] Goerlich Peset, J. M.ª, "La reforma de la contratación laboral", en AAVV, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 70.

[7] Así lo expresa, Roales Paniagua, E., "Contratación fija discontinua", ponencia presentada en las XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, publicada en *Análisis Actual de la Contratación Laboral*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2022, p. 115.

4. LOS LÍMITES LEGALES DE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO

La utilización del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las Administraciones Públicas no puede analizarse en los mismos términos que en el sector privado, pues se encuentra condicionada por un conjunto de límites legales específicos que afectan tanto a la creación como al mantenimiento del empleo público. Estos límites no se agotan en consideraciones de carácter presupuestario, sino que responden a un marco normativo más amplio, integrado por los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público, la normativa básica en materia de función pública y las reglas de planificación del personal al servicio de las Administraciones.

En primer lugar, la contratación laboral indefinida por parte de las Administraciones Públicas se halla sujeta a los principios de igualdad, mérito y capacidad, consagrados en el artículo 103.2 CE y desarrollados por la legislación básica del empleo público. Aunque el contrato fijo-discontinuo no supone un acceso permanente y continuo a un puesto de trabajo, sí comporta la creación de un vínculo laboral de carácter indefinido, lo que exige que su formalización respete dichos principios en condiciones equiparables a las de cualquier otra modalidad de empleo estable. Esta exigencia plantea interrogantes específicos cuando la contratación se vincula a programas temporales o subvencionados, cuya ejecución se articula mediante convocatorias periódicas y de duración limitada, y obliga a garantizar que los procesos selectivos para el acceso a estos contratos observan estándares suficientes de publicidad, concurrencia y objetividad.

En segundo lugar, la contratación laboral en las Administraciones Públicas se encuentra condicionada por los instrumentos de ordenación y planificación del empleo, en particular por la oferta de empleo público y por las limitaciones derivadas de la normativa presupuestaria, entre las que destaca la tasa de reposición de efectivos. La creación de puestos estructurales, incluso bajo la forma de relaciones laborales indefinidas discontinuas, exige en principio su previsión en las plantillas y relaciones de puestos de trabajo y su cobertura a través de la correspondiente oferta de empleo, lo que plantea dudas sobre el encaje de vínculos indefinidos ligados a programas cuya continuidad depende de decisiones de programación y de financiación externas. La cuestión se complica aún más en contextos de prórroga presupuestaria, en los que la capacidad de las entidades para asumir nuevos compromisos de gasto de personal se ve limitada por las reglas aplicables en cada ejercicio.

Estas restricciones adquieren una especial relevancia cuando se trata de atender necesidades que, aunque recurrentes y previsibles, se articulan formalmente a través de programas de duración determinada. La conversión de una necesidad funcional estructural en un vínculo jurídico indefinido plantea el riesgo de desbordar los mecanismos ordinarios de planificación del empleo público,

especialmente en el ámbito local, donde las corporaciones municipales operan con márgenes organizativos y financieros más limitados y una menor capacidad de absorber en plantilla propia personal vinculado a programas cuya continuidad no está plenamente asegurada.

Este problema no es exclusivo de los programas de empleo y formación analizados en este trabajo, sino que se reproduce en otros ámbitos en los que las Administraciones Públicas han venido utilizando contratos temporales para atender necesidades estructurales vinculadas a proyectos o actividades financiadas externamente. Un ejemplo paradigmático lo constituye la contratación de personal investigador y técnico al amparo de la Ley de la Ciencia[8], donde el legislador ha optado por diseñar una solución específica, distinta del contrato fijo-discontinuo, pero igualmente compleja desde el punto de vista interpretativo y no exenta de tensiones con los principios generales del empleo público. La existencia de un contrato indefinido propio para actividades científico-técnicas, cuyo mantenimiento se condiciona a la continuidad de la actividad y de la financiación, pone de relieve, por un lado, la dificultad de encajar necesidades estructurales condicionadas en las categorías clásicas del Estatuto de los Trabajadores y, por otro, la tendencia del legislador a crear fórmulas *ad hoc* antes que extender sin matices modalidades como el fijo-discontinuo a sectores del empleo público con reglas propias de acceso, planificación y extinción.

En este marco, la eventual utilización del contrato fijo-discontinuo por parte de las Administraciones Públicas exige una interpretación particularmente restrictiva y finalista de sus presupuestos habilitantes, que tenga en cuenta no solo la concurrencia de una actividad cíclica o intermitente, sino también su compatibilidad con los límites legales de la contratación pública de personal. Ello obliga, además, a considerar si existen alternativas jurídicas más adecuadas para la cobertura de estas necesidades, como el recurso al nombramiento de funcionarios interinos por incremento de necesidades, opción que presenta ventajas desde la perspectiva del respeto a los principios de acceso al empleo público, aunque

[8] Art. 23 bis de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, introducido por el Real Decreto-ley 8/2022, de 5 de abril. Dicho precepto regula el contrato laboral indefinido para actividades científico-técnicas, concebido como una modalidad específica de contratación laboral en el sector público de la investigación. Se trata de un contrato de carácter indefinido, vinculado funcionalmente al desarrollo de actividades científico-técnicas y, en la práctica, habitualmente asociado a proyectos o líneas de investigación financiadas mediante fondos externos o convocatorias competitivas. Aunque la relación laboral no se somete a un término temporal prefijado, su mantenimiento queda condicionado a la continuidad de la actividad y de la financiación que la sustenta, lo que ha suscitado relevantes problemas interpretativos en relación con su extinción, el régimen indemnizatorio y su encaje en los instrumentos de planificación del empleo público. La opción del legislador por esta modalidad específica pone de relieve la dificultad de trasladar de forma automática las categorías contractuales previstas en el Estatuto de los Trabajadores, y en particular el contrato fijo-discontinuo, a ámbitos del empleo público caracterizados por la existencia de necesidades estructurales de carácter condicionado o discontinuo.

tampoco está exenta de problemas prácticos y jurídicos cuando se utiliza de forma reiterada para atender funciones estructurales.

En definitiva, antes de valorar el contrato fijo-discontinuo como instrumento idóneo para la gestión del personal técnico vinculado a programas de empleo y formación, resulta imprescindible situarlo dentro del marco normativo que regula la creación y gestión del empleo público. Solo a partir de este análisis es posible determinar si esta modalidad contractual puede operar como una solución jurídicamente válida y excepcionalmente adecuada para determinadas necesidades estructurales discontinuas o si, por el contrario, su utilización comporta riesgos de desnaturalización del sistema y de vulneración de los límites legales que condicionan la actuación de las Administraciones Públicas.

5. ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA LA COBERTURA DE LAS NECESIDADES DE PERSONAL TÉCNICO EN LOS PROGRAMAS DE EMPLEO Y FORMACIÓN

El análisis de los límites legales de la contratación laboral en las Administraciones Públicas obliga a considerar, con carácter previo a la valoración del contrato fijo-discontinuo, las distintas alternativas jurídicas disponibles para la cobertura de las necesidades de personal técnico vinculadas a los programas de empleo y formación. La elección de una u otra fórmula no es neutra, pues cada una de ellas presenta ventajas e inconvenientes específicos en términos de adecuación funcional, respecto a los principios del empleo público y viabilidad organizativa.

Una primera opción, desde la lógica propia del empleo público, sería la incorporación de estas funciones a las estructuras ordinarias de personal de las corporaciones locales, mediante la creación de plazas estables incluidas en la oferta de empleo público y dotadas en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo. Esta solución presenta, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el mayor grado de coherencia con los principios de igualdad, mérito y capacidad y con los mecanismos de planificación del empleo público. Sin embargo, su viabilidad práctica resulta limitada en el ámbito de los programas de empleo y formación, en la medida en que las necesidades a cubrir, aunque estructurales, se encuentran estrechamente vinculadas a programas concretos y a una financiación finalista y, en muchos casos, condicionada temporalmente, lo que dificulta la justificación de plazas de carácter permanente desvinculadas de la continuidad efectiva de dichos programas.

Otra alternativa relevante es el recurso al nombramiento de funcionarios interinos por incremento o acumulación de tareas, previsto en la normativa básica de función pública. Esta opción encaja de forma más natural en el sistema de empleo público, al tratarse de una figura específicamente diseñada para atender necesidades temporales o coyunturales de la Administración, respetando los

principios que rigen el acceso al empleo público, aunque sea en una versión flexibilizada. No obstante, su utilización para la gestión de programas recurrentes y consolidados plantea problemas evidentes, en la medida en que la reiteración de nombramientos interinos para el desempeño de funciones que se reproducen de manera estable puede desnaturalizar la finalidad de la figura y generar situaciones de precariedad prolongada, además de tensiones con la jurisprudencia sobre abuso de la temporalidad en el sector público.

Frente a estas opciones, la contratación laboral indefinida bajo la modalidad de fijo-discontinuo se presenta como una solución intermedia, al permitir la existencia de un vínculo estable con el personal técnico, pero adaptado a la naturaleza cíclica o intermitente de los programas de empleo y formación. Desde un punto de vista funcional, esta modalidad ofrece una notable adecuación a la realidad de programas que se activan de forma periódica, pero no continua, y permite preservar el conocimiento acumulado y la experiencia del personal técnico entre una edición y otra de los proyectos. Ahora bien, su potencial funcional no puede ocultar que se trata de una figura diseñada en el marco del Derecho del Trabajo común, cuya traslación al empleo público debe someterse a exigencias adicionales.

En efecto, como se ha puesto de manifiesto en los epígrafes anteriores, la utilización del contrato fijo-discontinuo en las Administraciones Públicas exige extremar las cautelas en relación con el respeto a los principios de acceso al empleo público, la correcta delimitación de las causas que justifican la discontinuidad de la prestación y su compatibilidad con los instrumentos de planificación del empleo y con las limitaciones derivadas de la normativa presupuestaria. En este sentido, no puede concebirse como una mera sustitución de las modalidades temporales suprimidas tras la reforma laboral, ni como la respuesta automática a toda necesidad estructural ligada a programas subvencionados, sino que requiere una valoración caso por caso de su adecuación al marco legal aplicable y, en su caso, la previa articulación de los correspondientes instrumentos de planificación.

En definitiva, ninguna de las alternativas analizadas ofrece una solución plenamente satisfactoria desde todos los puntos de vista. La cobertura de las necesidades de personal técnico en los programas de empleo y formación se sitúa en una zona de fricción entre la lógica de la estabilidad en el empleo público y la naturaleza condicionada y recurrente de estos programas. En este contexto, el contrato fijo-discontinuo puede configurarse como una opción jurídicamente viable, pero solo como solución de segundo mejor orden, subordinada a la inexistencia o inviabilidad práctica de las vías de estabilización estructural y condicionada al cumplimiento estricto de los límites propios del empleo público.

6. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO APLICADO A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

6.1. Presupuestos habilitantes y delimitación de la causa de discontinuidad en los programas de empleo y formación

La eventual aplicación del contrato fijo-discontinuo en los programas PFAE y PRODAE encuentra su fundamento, desde una perspectiva estrictamente laboral, en la naturaleza recurrente y planificada de estos proyectos públicos de empleo y formación. Sin embargo, su admisibilidad en el ámbito de las Administraciones Públicas exige un doble filtro analítico: por un lado, la concurrencia de los presupuestos materiales y formales exigidos por el artículo 16 ET para toda utilización legítima de esta modalidad; por otro, la acreditación específica requerida por la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 32/2021 para su empleo por entidades públicas. A diferencia de la actividad productiva ordinaria del sector privado, en estos programas las necesidades de personal técnico se repiten periódicamente, ligadas a convocatorias y ciclos de financiación, pero su calificación como estructuralmente discontinuas debe analizarse con especial cautela para evitar su utilización como sucedáneo de relaciones laborales estructuralmente continuas o de plazas dotadas en la relación de puestos de trabajo.

Más allá de los supuestos expresamente ampliados tras la reforma de 2021 -contratas, subcontratas y empresas de trabajo temporal-, el contrato fijo-discontinuo puede celebrarse tanto para actividades de carácter estacional, como para aquellas otras intermitentes no estacionales que se repiten en el tiempo con una periodicidad cierta[9], determinada o indeterminada[10]. Esta referencia a las prestaciones intermitentes, más novedosa en apariencia que en contenido[11], permite su utilización en supuestos vinculados al cumplimiento de obligaciones concertadas con terceros que contemplen interrupciones[12]. En tales casos, las partes disponen de margen para configurarlo[13], eso sí, siempre que se haga depender de factores

[9] Esta referencia a las actividades intermitentes que se celebren en fechas ciertas ha llevado a la TGSS a reconducir el trabajo a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido al contrato fijos-discontinuo, *vid*. Boletín Noticias Red de 14 de enero de 2022, p. 2, disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/d3af6feb-9b8c-4c2a-b35b-042b9ee805d9/BNR+01-2022.pdf?MOD=AJP ERES (consultado el 12 de octubre de 2025).

[10] Se ha criticado por confusa la extensión del contrato más allá de las actividades estacionales, reclamando una concreción reglamentaria, *vid.* García Ortega, J., "El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral", *brief* de la AEDTSS, 2022, p. 3/5, disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf (fecha de consulta, 19 de septiembre de 2025).

[11] Goerlich Peset, J. M.ª, "La reforma de…", *op. cit.,* p. 76.

[12] García Ortega, J., *op. cit.,* p. 3/5.

[13] Goerlich Peset, J. M.ª, "La reforma de…", *op. cit.,* p. 76.

objetivos y sin poder quedar al arbitrio de la voluntad unilateral del empleador[14]. Precisamente en este contexto de discontinuidad no estacional —programas cuya ejecución depende de ciclos presupuestarios y de programación autonómica— pueden situarse, *prima facie*, las contrataciones del personal técnico de los PFAE y PRODAE, si se acredita que su periodicidad no encubre una necesidad funcional continua.

La jurisprudencia ha precisado que esta modalidad procede "cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico", es decir, en intervalos separados pero que se repiten en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad[15]. En este sentido, la reiteración de las subvenciones y de los proyectos formativos constituye un indicio relevante de la existencia de una necesidad estructural de carácter discontinuo. Asimismo, el artículo 34.2 del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre[16], refuerza esta interpretación al permitir la continuidad del personal contratado en ediciones anteriores de los programas, pero esta previsión debe leerse en coordinación con los límites de empleo público analizados en el epígrafe 4.

Por su parte, la doctrina ha respaldado esta lectura al analizar la disposición adicional novena de la Ley de Empleo, concluyendo que "si el programa es recurrente, esto es, se reitera en el tiempo, lo más probable es que deba formalizarse a través de un contrato fijo discontinuo"[17]. En el mismo sentido, la jurisprudencia ha reconocido que en los programas de formación profesional financiados con fondos públicos "se constata la necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, reiterándose la necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados, ya que la necesidad de formación ocupacional para jóvenes con riesgo de exclusión social es estructural, los programas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos, las áreas de enseñanza para las que se contrata, entre otros, al demandante se reproducen en todos los ciclos, por lo que la contratación adecuada es la de contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo"[18].

[14] *Vid.* STS de 6 de mayo de 2025 (recurso núm. 124/2023).

[15] *Vid.,* entre otras, SSTS de 1 de octubre de 2001 (recurso núm. 2332/2000) y de 21 de diciembre de 2006 (recurso núm. 792/2005).

[16] Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021).

[17] Beltrán de Heredia Ruiz, I., "Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RDLey 32/2021)", en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog del autor, 2024, disponible en https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#3218 (consultado el 19 de septiembre de 2025).

[18] SSTS de 21 de enero de 2009 (recurso núm. 1627/2008, de 14 de julio de 2009 (recurso núm. 2811/2008) y de 15 de septiembre de 2009 (recurso núm. 4303/2008). En el mismo sentido, STSJ del País Vasco de 15 de julio de 2010 (recurso núm. 3302/2009). También se ha calificado

Desde esta perspectiva, los programas PFAE y PRODAE se configuran como instrumentos consolidados de política activa de empleo, cuya ejecución se articula a través de proyectos de duración limitada pero reiterados en el tiempo. Ello genera una necesidad estructural de personal técnico para la dirección, la formación y el acompañamiento, que, desde un punto de vista laboral, puede resultar compatible con la lógica del contrato fijo-discontinuo, al permitir mantener un vínculo indefinido sin imponer una continuidad absoluta en la prestación de servicios. Ahora bien, esta adecuación funcional no puede analizarse de forma aislada, puesto que requiere identificar la concurrencia de una serie de requisitos materiales y formales, cuestiones que se examinan a continuación.

6.1.1. Requisitos materiales

El primer requisito esencial es la existencia de una actividad que, siendo consustancial a la entidad empleadora, esto es, que no se produce de manera esporádica, sino que es permanente[19], se desarrolle de manera cíclica o periódica. Como ha señalado la jurisprudencia con acierto, "la seña de identidad del contrato fijo-discontinuo es la discontinuidad", de modo que si la prestación se lleva a cabo sin solución de continuidad "su real naturaleza será la de fijo o, si por contraposición prefiere decirse así, la de fijo continuo" [20]. En el ámbito de los PFAE y PRODAE, los ciclos de ejecución y financiación marcan *prima facie* esos intervalos, pero debe acreditarse que los periodos de inactividad responden a la naturaleza del programa y no a una fragmentación artificial de tareas estructurales. La negociación colectiva ha concretado esta exigencia mediante plazos mínimos de interrupción entre llamamientos[21] o periodos garantizados de trabajo anual[22], criterios particularmente relevantes en el sector público para evitar simulaciones.

El segundo requisito material es la previsibilidad de la necesidad productiva, elemento decisivo para diferenciar el contrato fijo-discontinuo de figuras temporales. Por tanto, "el contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas, subvenciones, conciertos y demás formas de relación con las Administraciones que, siendo previsibles, formen parte de la actividad

fija-discontinua la actividad de monitora de la tercera edad prestada a través de empresa pública municipal, STSJ País Vasco de 9 Julio 2002 (recurso núm. 601/2002).

[19] *Vid.* STS de 6 de mayo de 2025 (recurso núm. 124/2023).

[20] *Vid.* STS de 28 de octubre de 2020 (recurso núm. 4364/2018).

[21] Art. 25 del convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil (BOE núm. 135, de 5 de junio de 2025).

[22] Art. 33 del convenio colectivo de hostelería de Las Palmas (BOP núm. 15, de 3 de febrero de 2023); art. 13 del convenio colectivo de hostelería de Santa Cruz de Tenerife, firmado en julio de 2025 para el período 2025-2028.

ordinaria de la entidad"[23]. En el caso de los programas formativos gestionados por los servicios públicos de empleo, la reiteración anual o plurianual de convocatorias y la dependencia de ciclos presupuestarios constituyen indicios relevantes de previsibilidad, si bien en el empleo público debe ponderarse si esa previsibilidad choca con la necesidad de planificación plurianual vía OEP o con límites presupuestarios.

En el empleo público local, esta calificación como estructuralmente discontinua tiene especiales consecuencias organizativas y presupuestarias, pues obliga a diferenciar necesidades permanentes continuas —exigibles de cobertura vía plazas estructurales— de necesidades estructurales intermitentes. La doctrina judicial[24] ha declarado fraudulentas contrataciones que se limitan a remitir genéricamente al programa subvencionado sin describir la actividad concreta, subrayando que no cabe encomendar funciones distintas a las contratadas, en concreto, preparación de nuevas solicitudes de subvención por parte del Servicio Canario de Empleo[25].

6.1.2. Requisitos formales

Los requisitos formales garantizan la transparencia y seguridad jurídica del contrato. El artículo 16.2 ET exige que se formalice por escrito e incluya los elementos esenciales de la relación laboral, "entre otros" la duración estimada de los periodos de actividad, la jornada y su distribución horaria.

En cuanto a la forma escrita, el precepto remite al artículo 8.2 ET, el cual enumera el contrato fijo-discontinuo como uno de los contratos que "en todo caso" deben revestirla. Tal precepto prevé, además, que su falta de observancia generará que el contrato se presuma "celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario". Así pues, la forma escrita tiene carácter *ad probationem*[26], y en el caso del contrato suscrito en el marco de los programas PFAE y PRODAE la entidad podrá acreditar la discontinuidad derivada de la ejecución de estos.

[23] Goerlich Peset, J. M.ª, "El contrato fijo-discontinuo: innovación y continuidad", en AAVV (Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, A., Dirs.), *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral,* La Ley, Madrid, 2023, p. 174.

[24] STSJ de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 26 de marzo de 2025 (recurso núm. 1735/2024). En el mismo sentido, STSJ de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria de 16 de mayo de 2024 (recurso núm. 50/2024), "no consta el objeto de la contratación, la actividad a realizar, sino el programa fuente de financiación, insuficiente a los efectos de delimitar objetivamente el contrato".

[25] STSJ de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria de 16 de mayo de 2024 (recurso núm. 50/2024).

[26] En este sentido, Lousada Arochena, J. F. y Rodríguez RodrígueZ, E., *op. cit*, pp. 63 y 64.

Respecto al contenido del contrato, la reforma ha incluido que debe incluir "los elementos esenciales de la actividad laboral", enumerando solo algunos de ellos y concluyendo que "podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento". Esta posibilidad de que inicialmente figure sólo una estimación se debe a la indeterminación que puede ofrecer la actividad productiva, motivo por el cual ofrece una "razonable flexibilidad dirigida a facilitar la gestión de la contratación"[27]. No se ha enumerado la causa del contrato en tales elementos esenciales que, en todo caso, deberá fijarse. Tampoco hace mención a la forma y criterios a seguir para llevar a cabo el llamamiento que, sin duda, la persona trabajadora debe conocer, por cuanto carece de sentido que el precepto en su apartado tercero obligue a los interlocutores sociales a su concreción y que no se garantice su conocimiento por el trabajador desde su contratación[28]; por ello, se ha entendido que el contrato de trabajo debe expresar el sistema de llamamiento o al menos concretar el convenio colectivo o acuerdo de empresa que lo regule[29]. Con todo, el listado del artículo estatutario no es exhaustivo, invitando a que los contratos incluyan las ausencias señaladas, al menos una estimación.

Finalmente, el artículo 16.5 ET establece un límite específico a la celebración del contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial, permitiéndola únicamente cuando concurran peculiaridades en la actividad que lo justifiquen y siempre que el convenio colectivo sectorial lo autorice expresamente. La remisión a la negociación colectiva se configura como un mecanismo de garantía y control[30], que permite adaptar esta modalidad a las características propias de cada sector y evitar un uso arbitrario o desnaturalizado del contrato.

6.1.3. Control de legalidad y acreditación reforzada en el sector público

La correcta aplicación de esta modalidad en el empleo público exige una especial cautela. La disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, permite que las Administraciones Públicas y las entidades que integran el sector público celebren contratos fijos-discontinuos "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 norma subordina, por tanto, la legitimidad de su utilización a una justificación objetiva, documentada y verificable *ex ante,* que acredite tanto la

[27] *Ídem*, p. 66.

[28] *Ídem*, p. 67.

[29] Merino Segovia, A., "Régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo. Algunas consideraciones relativas a la ordenación del llamamiento", *Revista de Derecho Social*, 103/2023, p. 49.

[30] Ídem, p. 41.

esencialidad de la actividad como su carácter estructuralmente discontinuo. Esta exigencia adquiere especial relevancia en los programas PFAE y PRODAE, cuya ejecución responde a ciclos anuales o plurianuales de financiación pública, pero que no pueden convertirse en un mecanismo indirecto de cobertura de puestos estructurales permanentes.

En este contexto, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social desempeña un papel esencial como garante de la correcta aplicación de la figura. El Plan Estratégico 2025-2027 del organismo incluye expresamente entre sus objetivos prioritarios la supervisión de la reforma estructural del mercado laboral y, en particular, el control del uso de los contratos indefinidos y de las modalidades derivadas del Real Decreto-ley 32/2021[31]. Corresponde, por tanto, a la Inspección velar por que la utilización del contrato fijo-discontinuo en el sector público responda a causas objetivas, verificables y documentadas, sancionando aquellas prácticas que encubran situaciones de temporalidad fraudulenta o eludan los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

6.2. El llamamiento como eje estructural y garantía reforzada en el sector público

El llamamiento constituye el centro de gravedad del contrato fijo-discontinuo, pues es el mecanismo que mantiene viva la relación laboral y la distingue de una mera sucesión de contratos temporales. A través de él se articula el derecho de la persona trabajadora a ser reincorporada y el correlativo deber empresarial de proporcionar ocupación efectiva. Sin este derecho *ex lege* al llamamiento, la figura carecería de sentido propio y perdería su carácter indefinido.

Esta centralidad adquiere una especial relevancia cuando el contrato fijo-discontinuo se proyecta sobre el ámbito de las Administraciones Públicas, donde el llamamiento no solo cumple una función organizativa, sino que actúa como instrumento esencial de garantía frente a decisiones discrecionales, asegurando el respeto a los principios de igualdad, objetividad y transparencia en la gestión del empleo.

6.2.1.Contenido y naturaleza del derecho-deber al llamamiento

Existe un único contrato y sucesivos llamamientos que interrumpen, pero no extinguen el vínculo. Finalizado cada período de actividad, la rerlación entra en una fase de latencia hasta la reanudación del trabajo, sin necesidad de someter a la persona trabajadora a nuevos procesos selectivos ni renovaciones formales. Ello

[31] Resolución de 8 de septiembre de 2025, de la Secretaría de Estado de Trabajo, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2025, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2025-2027 (BOE núm. 220, de 12 de septiembre de 2025).

implica que la extinción del contrato solo puede producirse por causas objetivas[32] o disciplinarias debidamente justificadas[33].

La doctrina judicial ha definido el llamamiento como "un derecho pleno, actual y no condicional para ser ocupados cada vez que los trabajos fijos y que forman parte del volumen normal de actividad de la empresa se lleven a cabo, aunque siguiendo un orden preestablecido para el caso de que no fuera posible el llamamiento simultáneo, porque la actividad requiera una inicial fase de puesta en marcha. Esto no quiere decir que el trabajador haya de ser necesariamente llamado al inicio de la temporada o campaña, sino que debe acomodarse a las necesidades de la propia actividad de la empresa (producción, climatología, circunstancias de mercado, etc.), de hecho, normalmente el llamamiento no se hace a la vez para todos los trabajadores, sino de manera paulatina y en función de las necesidades de la empresa y de la actividad"[34].

Así las cosas, el llamamiento genera una expectativa legítima de reincorporación cada vez que se reanuden los programas o actividades que justifican el contrato, como sucede con el personal técnico de los PFAE y PRODAE, debiendo efectuarse incluso en el caso de que la persona trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal[35]. El artículo 16.3 del ET atribuye a los convenios colectivos – de cualquier ámbito, ya no el sectorial- o, en su defecto, acuerdo de empresa, la concreción de "los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas". Esta habilitación resulta especialmente relevante en el sector público, pues permite adaptar el llamamiento a las particularidades organizativas de cada entidad, siempre que se respeten criterios objetivos y verificables. A falta de regulación convencional, se aplicarán los usos y costumbres del sector[36].

[32] En caso de despido objetivo notificado durante el período de inactividad se debe respetar igualmente el período de preaviso de quince días, véase la STSJ de Andalucía, sede en Granada, de 10 de marzo de 2022 (recurso núm. 2257/2021).

[33] En relación con la eficacia de los actos extintivos durante los períodos de inactividad, véase la STSJ del País Vasco, de 16 de septiembre de 2025 (recurso núm. 1243/2025), que valida la notificación del despido disciplinario de un trabajador fijo discontinuo realizada fuera del período de prestación efectiva, al considerar cumplida la obligación empresarial mediante diversos intentos diligentes de comunicación. La Sala destaca que la empresa utilizó burofax, plataforma telemática y mensajería instantánea, "cauces plenamente idóneos", y que la falta de recepción efectiva fue imputable exclusivamente a la conducta del trabajador, sin impedir el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción.

[34] STSJ de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, de 2 de octubre 2023 (recurso núm. 453/2022), aplicando doctrina de STS de 14 de julio de 2016 (recurso núm. 3254/2016).

[35] *Vid.* STS de 14 de julio de 2016 (recurso núm. 3254/2016).

[36] En este sentido, Goerlich Peset, J. M.ª, "El contrato fijo-discontinuo…", *op. cit.,* p. 142.

Los criterios de llamamiento deben excluir cualquier margen de arbitrariedad, quedando proscritas decisiones aleatorias, subjetivas o voluntaristas[37], que pueden traducirse en una vulneración del derecho al trabajo[38] y en un incremento de la litigiosidad[39]. Frente al criterio tradicional de la antigüedad[40], pueden introducirse otros vinculados a la especialidad, la capacitación o la formación[41], siempre que sean transparentes y conocidos de antemano. En todo caso, "no parece la mejor solución que la ley se retire de una materia tan sensible… porque si el convenio también se abstiene, las personas trabajadoras quedan totalmente desprotegidas"[42], por lo que la previsión legal a modo de norma supletoria hubiera aportado seguridad jurídica[43].

6.2.2. Procedimiento, forma y medios de comunicación

El llamamiento es un acto recepticio e individualizado[44], que "deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada", tal y como prevé el artículo 16.3 ET. Entre los medios válidos se incluyen tanto los tradicionales -el correo certificado con acuse de recibo o el burofax—, como los telemáticos que, además, pueden suponer un menor coste para la entidad empleadora, dado el carácter gratuito de las aplicaciones de mensajería electrónica[45]-, eso sí, siempre "que permita acreditar su envío y acusar recibo por parte de la persona trabajadora"[46]. Sobre estos últimos, la jurisprudencia ha admitido que se lleve a cabo a través de *whatsapp*, mensaje

[37] Lousada Arochena, J. F. y Rodríguez Rodríguez, E., *op. cit.*, p. 80.

[38] Gorelli Hernández, J., "El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021", *Temas Laborales*, 161/2022, pp. 239.

[39] Folgoso Olmo, A., "El contrato fijo-discontinuo", en AAVV (Fernández Avilés, J. A., Dir.), *Tratado práctico de modalidades de contratación laboral*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 282.

[40] A falta de acuerdo entre la entidad empleadora y los representantes de los trabajadores, se ha recurrido a la antigüedad como criterio supletorio, tal y como se prevé en el art. 25 del convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil (BOE núm. 135, de 5 de junio de 2025), "en caso de falta de acuerdo, se establece que el llamamiento se realizará por orden de mayor a menor antigüedad en el puesto de trabajo",

[41] Art. 33 del convenio colectivo de hostelería de Las Palmas (BOP núm. 15, de 3 de febrero de 2023).

[42] García Ortega, J., *op. cit.,* p. 4/5.

[43] Así lo entiende Roales Paniagua, E., *op. cit*., p. 126.

[44] En este sentido, Lousada Arochena, J. F. y Rodríguez Rodríguez, E., *op. cit.*, p. 81, apuntan que quedan excluidos los llamamientos genéricos, por ejemplo, mediante un tablón de anuncios.

[45] *Ibidem.*

[46] Art. 33 del convenio colectivo de hostelería de Las Palmas (BOP núm. 15, de 3 de febrero de 2023).

de texto o correo electrónico[47], lo cual muestra una aplicación realista del Derecho del Trabajo, al reconocer el uso cotidiano de las nuevas tecnologías en la gestión laboral. Ahora bien, no está exento de riesgos probatorios, por cuanto no siempre es posible demostrar la recepción del mensaje[48]. Por ello, algunos convenios exigen "confirmación de lectura" cuando se utilicen estos medios[49].

En relación con el contenido del llamamiento, la norma solo se refiere a las "indicaciones precisas", lo que obliga a fijar el plazo o fecha de entrada, el puesto de trabajo o tareas a desarrollar, así como el lugar de la prestación de servicios[50]. Por su parte, la jornada de trabajo y la distribución horaria serán extremos que, si ya figuran en el contrato, bastará con una remisión al mismo; en caso contrario, deberán especificarse expresamente.

Y en cuanto al plazo con el que debe efectuarse el llamamiento, el concepto jurídico indeterminado de "antelación adecuada" constituye un margen de apreciación que la negociación colectiva debe concretar, lo cual abre la puerta a nuevos litigios[51]. De hecho, la jurisprudencia ha considerado nulas aquellas cláusulas que establecen plazos de preaviso excesivamente breves, como los de 48 horas, por cuanto no cumplen el requisito de razonabilidad exigible[52]. La previsión de este plazo no es excepcional por lo que, igual calificación merecen las que lo sigan manteniendo[53], por tratarse de servicios sorpresivos que no avalan el contrato fijo-discontinuo[54]. En todo caso, el plazo de preaviso habitual resulta más razonable, al fijarse en un mínimo de siete días[55], aunque hubiera sido deseable establecer un plazo legal aplicable en defecto de previsión convencional[56].

[47] SAN 5 de diciembre 2022 (recurso núm. 287/2022) confirmada por la STS de 27 de marzo de 2025 (recurso núm. 73/2023).

[48] Ordóñez Pascua, N., "El contrato fijo-discontinuo: presupuestos, revisión y balance un año después de la reforma laboral", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, 7/2023, p. 78.

[49] art. 14.4 del convenio colectivo de la industria química (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2025).

[50] En este sentido, Merino Segovia, A., *op. cit.,* p. 49.

[51] López Bermejo, O., "Contrato fijo-discontinuo tras la reforma laboral del RDL 32/2021", *Revista de Derecho Laboral vLex,* 5/2022, p. 47.

[52] STS de 27 de marzo de 2025 (recurso núm. 73/2023).

[53] Así lo contempla para situaciones imprevisibles el art. 14 del convenio colectivo de hostelería de Albacete (BOP núm. 39, de 3 de abril de 2023).

[54] Merino Segovia, A., *op. cit.,* p. 54.

[55] art. 14.4 del convenio colectivo de la industria química (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2025); art. 21 del convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE núm. 86, de 9 de abril de 2025); art. 25 del convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil (BOE núm. 135, de 5 de junio de 2025); art. 33 del convenio colectivo de hostelería de Las Palmas (BOP núm. 15, de 3 de febrero de 2023).

[56] En el mismo sentido, Carrizosa Prieto, E., *op. cit.,* p. 58.

6.2.3. Transparencia, control y efectos del incumplimiento

El deber de llamamiento se completa con obligaciones de transparencia y control colectivo, destinadas a prevenir la arbitrariedad. El artículo 16.3 ET impone a la entidad empleadora la entrega, antes del inicio de cada año natural, de un calendario de previsiones anuales o semestrales de llamamientos a la representación legal de los trabajadores. Además, deben comunicar las altas efectivas conforme se produzcan, garantizando así un seguimiento inmediato por parte de la representación social[57]. La entidad podrá errar en sus pronósticos iniciales y necesitar un mayor o menor número de personas trabajadoras, y la representación de los trabajadores podrá indagar las causas[58]. Este doble nivel de información refuerza la seguridad jurídica y la igualdad de trato entre las personas fijas-discontinuas.

Por otro lado, el mismo precepto reconoce expresamente que "las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen". A diferencia de la redacción anterior, la norma no se limita a la acción por despido, acogiendo una expresión vaga[59], con el fin de acoger la doctrina que señalaba que solo podrá accionarse por tal causa cuando del incumplimiento empresarial se deduzca una clara voluntad extintiva[60], como sucede cuando la actividad no vaya a reiniciarse en absoluto —supuesto en el que deberá acudirse a la extinción por causas objetivas o colectivas—. En cambio, cuando el incumplimiento no revele una intención extintiva, la persona trabajadora podrá ejercitar una acción declarativa de reconocimiento de su derecho al llamamiento o de condena a ser efectivamente reincorporada, sin que ello implique la ruptura del vínculo contractual. En cuanto al plazo para accionar, el *dies a quo* será el momento en que la persona trabajadora tenga conocimiento de que no ha sido llamada[61], lo que constituye una medida protectora, ya que, al estar desconectado de la actividad habitual de la empresa, podría sufrir graves consecuencias de aplicarse las reglas ordinarias. Y, desde el

[57] Folgoso Olmo, A., *op. cit.*, p. 284.

[58] Lousada Arochena, J. F. y Rodríguez Rodríguez, E., *op. cit.*, p. 83.

[59] García Ortega, J., *op. cit.,* p. 4/5.

[60] *Vid.* STS de 15 de enero de 2019 (recurso núm. 3984/2016), según la cual "debe activarse el procedimiento de despido cuando el incumplimiento que se imputa a la empresa consista en la falta de llamamiento, en el orden y en la forma que determine el convenio colectivo, de manera que el proceso de despido queda reservado a los supuestos en los que el trabajador sostenga que la actuación del empleador supone una extinción del vínculo contractual y comporta la definitiva finalización de la relación laboral. Pero cuando lo que se reclama en la demanda no es una falta de llamamiento o la vulneración de las normas del convenio colectivo en esta materia, sino cualquier otro tipo de incumplimiento empresarial que no está vinculado al llamamiento, la acción que ejercite el trabajador deberá vehicularse a través de la modalidad procesal que corresponda a la cuestión que constituya el objeto litigioso".

[61] STS de 20 de enero de 2022 (recurso núm. 2289/2019).

punto de vista de la protección social, la persona trabajadora se encontrará en situación asimilada al alta a efectos del desempleo[62].

En cuanto a la conducta del trabajador, el artículo 16.3 ET no impone una obligación de contestar al llamamiento. Sin embargo, algunos convenios prevén que la falta de respuesta en un plazo determinado se interprete como baja voluntaria[63], previsión que plantea dudas jurídicas por ausencia de una manifestación de la voluntad extintiva que sea clara, consciente, firme y terminante[64]. En cambio, cuando la persona trabajadora comunica expresamente su intención de no acudir, sí deberá entenderse extinguido el contrato por voluntad propia, como así se ha fallado cuando la persona trabajadora tras el llamamiento ha enviado por *whatsapp* un mensaje diciendo "el lunes no contéis conmigo"[65]. Tal desistimiento también deberá entenderse producido en caso de no comparecer sin justa causa el día, hora y lugar especificados en el llamamiento[66]; aunque de manera razonable alguna cláusula convencional matiza esta consecuencia, al entender materializado el desistimiento solo si no se alega justa causa en los tres días siguientes a la falta de reincorporación[67], o si no se acude al llamamiento en tres ocasiones dentro de un año natural por motivos no justificados[68]. Además, en algunos casos, se especifica qué debe entenderse por justa causa, en concreto, encontrarse en alguna de las causas de suspensión previstas en el ET, cursar estudios para la obtención de un título académico o profesional, estar al cuidado de un menor de 12 años o persona dependiente, o estar trabajando para otra empresa[69].

En definitiva, el llamamiento constituye el núcleo de garantía de estabilidad y transparencia del contrato fijo-discontinuo. En el ámbito del sector público, su correcta configuración y aplicación resulta decisiva para evitar un uso desnaturalizado de la figura y para asegurar que esta modalidad contractual cumpla su función de reducción de la temporalidad sin erosionar los principios que rigen el acceso y la gestión del empleo público.

[62] Art. 2.2 RD 625/1985.

[63] Art. 14.4 del convenio colectivo de la industria química (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2025).

[64] Así lo entiende Merino Segovia, A., *op. cit.,* p. 55, en base a la STSJ de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 12 de julio de 2022 (recurso núm. 1714/2021).

[65] *Vid.* STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2024 (recurso núm. 4921/2023).

[66] Así lo prevé el art. 13 del convenio colectivo de hostelería de Santa Cruz de Tenerife, firmado en julio de 2025 para el período 2025-2028.

[67] Art. 14 del convenio colectivo de la industria azucarera (BOE núm. 53, de 3 de marzo de 2025).

[68] Art. 14 del convenio colectivo de hostelería de Albacete (BOP núm. 39, de 3 de abril de 2023).

[69] Art. 14.4 del convenio colectivo de la industria química (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2025).

6.3. Garantías de igualdad y protección social en las Administraciones Públicas

6.3.1. Igualdad de trato, conciliación y antigüedad

Las personas trabajadoras fijas-discontinuas gozan de los mismos derechos laborales que las personas trabajadoras con contrato de trabajo indefinido ordinario. Este principio encuentra su fundamento en la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial[70], que establece en su cláusula cuarta que "no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas". Aunque el texto se refiere formalmente al trabajo a tiempo parcial, sus principios son plenamente trasladables a la figura del trabajo fijo-discontinuo, que comparte la fragmentación temporal de la prestación. En las Administraciones Públicas, esta igualdad absoluta debe articularse con los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad en el acceso al empleo público (art. 103.2 CE).

En línea con este mandato, el artículo 16.6 ET garantiza que la condición de fijo-discontinuo no puede suponer perjuicio alguno en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal —permisos, reducciones de jornada, adaptaciones o ausencias justificadas—, ni en el disfrute de cualquier otra causa de suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo. Esta prohibición de trato desfavorable se proyecta también sobre el derecho a los futuros llamamientos, que no pueden verse condicionados por el ejercicio legítimo de derechos de conciliación[71]. De lo contrario, se introduciría un elemento de discriminación indirecta que desincentivaría su ejercicio[72], constitutivo de una infracción administrativa. En PFAE y PRODAE, donde los ciclos formativos concentran una alta tasa de empleo femenino, esta protección resulta especialmente relevante para prevenir que la intermitencia agrave desigualdades de género. En definitiva, el legislador pretende garantizar que la eventualidad propia de la figura del trabajo fijo-discontinuo no se convierta en un obstáculo añadido para el disfrute de derechos vinculados a la dignidad de la persona trabajadora y a la protección de la vida familiar y social. Se trata, en definitiva, de reconocer que los períodos de ausencia justificada forman parte de la trayectoria laboral de la persona trabajadora, y que no pueden ser interpretados como lagunas que resten valor a su derecho a ser llamado en igualdad de condiciones.

[70] DOCE núm. 14, de 20 de enero de 1998.

[71] Gorelli Hernández, J., *op. cit.,* pp. 248-249. Por su parte, Carrizosa Prieto, E., *op. cit.,* p. 59, reflexiona que esta garantía posibilita que las personas trabajadoras puedan declinar el llamamiento cuando se encuentren ejerciendo estos derechos.

[72] Folgoso Olmo, A., *op. cit.*, p. 274.

Otro ámbito clave de protección es el cómputo de la antigüedad. A pesar de los períodos de inactividad, la relación laboral de las personas fijas-discontinuas se considera ininterrumpida desde la fecha de inicio del contrato, de modo que la antigüedad se calcula atendiendo a toda la duración del vínculo, y no solo al tiempo efectivamente trabajado. Así lo dispone el párrafo segundo del artículo 16.6 ET, al reconocer el derecho a que la antigüedad se calcule sobre toda la duración de la relación laboral, salvo en aquellas condiciones que, por su propia naturaleza, requieran un tratamiento diferenciado, siempre que ello responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia. Esta previsión refleja la evolución jurisprudencial en la materia. Durante años, la doctrina del Tribunal Supremo[73] limitó el cómputo de la antigüedad al tiempo de trabajo efectivo, hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[74] declaró que dicha práctica resultaba discriminatoria, por razón de sexo, al afectar mayoritariamente a mujeres empleadas bajo esta modalidad. A partir de esa interpretación, el Tribunal Supremo[75] reformuló su doctrina y reconoció que la antigüedad debía abarcar toda la duración del contrato, tanto a efectos económicos (trienios) como profesionales (promociones). En el empleo público local esta regla adquiere singular relieve, puesto que no puede olvidarse que la antigüedad no exime de procesos selectivos para plazas estructurales (OEP/RPT).

Ahora bien, esta regla presenta una excepción justificada en materia de indemnización por despido. La jurisprudencia del Tribunal Supremo[76] ha establecido que, a efectos indemnizatorios, solo se computan los períodos de actividad efectiva, para evitar la desproporción que resultaría de computar la totalidad de la duración del vínculo laboral cuando la base de cálculo se proyecta sobre el salario del último mes trabajado[77]. Esta solución no constituye una discriminación, pues la persona trabajadora fija-discontinua recibe la misma compensación que cualquier trabajador fijo a tiempo completo que haya prestado servicios durante un período equivalente al conjunto de las campañas efectivamente trabajadas con idéntico

[73] SSTS de 18 de enero de 2018 (recurso núm. 2853/2015), de 1 de marzo de 2018 (recurso núm. 192/2017), y de 5 de junio de 2018 (recurso núm. 2370/2017).

[74] ATJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18).

[75] SSTS 19 de noviembre de 2019 (recursos núm. 2309/2017 y 852/2019), de 10 de diciembre de 2019 (recurso núm. 2932/17), de 30 de septiembre de 2020 (recurso núm. 207/2018), de 13 de enero de 2021 (recurso núm. 3918/2019), de 1 de febrero de 2021(recurso núm. 4073/2018), de 13 de febrero de 2021 (recursos núm. 3369/2019 y 3918/2019), o 25 de enero de 2024 (recurso núm. 1936/2021).

[76] STS de 30 de julio de 2020, doctrina seguida por STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2021 (recurso núm. 749/2021), STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2022 (recurso núm. 6350/2022), STSJ del País Vasco de 7 de diciembre de 2022 (recurso núm. 2541/2022) y STSJ de la Valenciana de 10 de enero de 2023 (recurso núm. 2791/2022). Se reitera doctrina en la STS de 20 de mayo de 2025 (recurso núm. 3048/2024).

[77] Goerlich Peset, J. M.ª, "La reforma de…", *op. cit*., p. 91.

tiempo de prestación. Se trata, por tanto, de una diferencia fundada en razones objetivas y proporcionales, tal y como lo permite el propio artículo 16.6 ET[78].

6.3.2. Derecho a información sobre vacantes, conversión y empleabilidad

El artículo 16.7 ET reconoce el derecho de las personas trabajadoras fijas-discontinuas a recibir información sobre las vacantes de carácter indefinido ordinario que se generen en la entidad empleadora. Se configura así un deber de información en términos análogos a los previstos para las personas trabajadoras a tiempo parcial en el artículo 12.4 ET y para los contratos de duración determinada en el artículo 15.7 ET. Sobre esa base informativa, pueden solicitar su conversión voluntaria a indefinido ordinario, si bien el procedimiento concreto queda remitido a la negociación colectiva, ya sea a través del convenio sectorial o, en su defecto, mediante acuerdo de empresa. El legislador confía así en la autonomía colectiva para diseñar cauces realistas de promoción profesional, especialmente en sectores donde la discontinuidad es estructural. No obstante, la doctrina ha criticado la remisión al acuerdo de empresa y no al convenio colectivo de empresa[79], por lo que se ha entendido incluida esta posibilidad en la interpretación más coherente con la finalidad del precepto[80]. En todo caso, hubiera sido deseable una cláusula de supletoriedad estatutaria que garantizara un régimen mínimo común, evitando que la efectividad del derecho dependa exclusivamente de la negociación colectiva.

En cualquier caso, el artículo 16.7 ET no impone a la entidad empleadora la obligación de aceptar la conversión, incluso cuando existan vacantes y se siga el procedimiento previsto[81], de modo que la conversión se configura no como un derecho subjetivo sino como una mera expectativa[82]. Si a ello añadimos que el incumplimiento del deber de información constituye solo una infracción leve (art. 6 LISOS), su eficacia práctica resulta limitada y depende, en buena medida, del compromiso empresarial y de la capacidad de control de la representación legal de los trabajadores.

[78] En este sentido se han expresado, Beltrán De Heredia, I., *op. cit.;* 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", *Almacén de Derecho*, 2022, disponible en https://almacendederecho.org/en-busqueda-de-la-estabilidad-perdida-la-reforma-de-los-fijos-discontinuos-y-del-contrato-fijo-de-obra-en-el-sector-de-la-construccio (consultado el 18 de abril de 2025).

[79] Al respecto, Roales Paniagua, E., *op. cit.,* p. 142, afirma que carece de sentido que una materia pueda pactarse por acuerdo de empresa y no por convenio colectivo de empresa

[80] Lousada Arochena, J. F. y Rodríguez Rodríguez, E., *op. cit.*, p. 94.

[81] Así lo entiende Folgoso Olmo, A., *op. cit.,* p. 276; en sentido contrario, Roales Paniagua, E., *op. cit.,* p. 141, quien entiende que "existiendo vacante, cumplimentada la petición y procediendo de acuerdo con lo dispuesto en el convenio colectivo sectorial, el empresario viene obligado realizar la conversión".

[82] Folgoso OlmO, A., *op. cit.*, p. 276.

En el empleo público, la conversión está sujeta a restricciones adicionales. Solo puede producirse si existen vacantes estructurales reflejadas en la relación de puestos de trabajo y si se respetan los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ello se evidencia especialmente en programas de políticas activas de empleo —como los PFAE o los PRODAE—, donde la posibilidad de conversión en empleo estable resulta todavía más restringida, pues no depende únicamente de la voluntad de la Administración, sino de factores externos como la disponibilidad presupuestaria, la aprobación de nuevas convocatorias o las restricciones derivadas de la normativa de oferta de empleo público.

Ante esta expectativa debilitada, el legislador privilegia garantías funcionales de empleabilidad. El art. 16.8 ET reconoce prioridad en formación profesional para el empleo durante inactividad, aprovechando ciclos entre programas para actualizar competencias del personal técnico (dirección, docencia, orientación). Sin embargo, su alcance se ve atenuado por una carencia significativa: el artículo 50 de la Ley 3/2023, de Empleo[83], no incluye expresamente a este colectivo entre los grupos de atención prioritaria. En consecuencia, el precepto corre el riesgo de convertirse en "un neutrón normativo", esto es, una norma sin la carga jurídica necesaria para reclamar su cumplimiento efectivo[84]. Para que esta prioridad sea operativa, resulta imprescindible articular mecanismos reales de coordinación entre las Administraciones y las entidades empleadoras: programar la oferta formativa conforme a los ciclos de inactividad, adaptar los contenidos a las necesidades del sector y garantizar que las acciones formativas se desarrollen en esos períodos, evitando que el derecho quede vacío de contenido. En el caso del personal técnico de los programas PFAE y PRODAE, esta coordinación adquiere una relevancia particular, pues la continuidad profesional y la calidad del servicio dependen de su cualificación actualizada.

Junto a esta dimensión formativa, el artículo 16.5 ET introduce un instrumento complementario de gran potencial: las bolsas sectoriales de empleo. Los convenios colectivos de ámbito sectorial pueden crear estas bolsas para integrar a las personas fijas-discontinuas durante los períodos de inactividad, favoreciendo su contratación o su participación en acciones formativas[85]. Si se gestionan adecuadamente, estas bolsas pueden constituir una herramienta eficaz de movilidad y continuidad profesional, evitando la pérdida de capital humano especializado y facilitando la recolocación temporal en otros proyectos o entidades. Para ello, los empleos ofrecidos en la bolsa deben ser de carácter temporal con una duración inferior a los

[83] BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

[84] Lousada Arochena, J. F. y Rodríguez Rodríguez, E., *op. cit.*, p. 96.

[85] En Canarias, convenios del sector de la hostelería ya recogen la previsión de creación de bolsas sectoriales de empleo para integrar a las personas con contrato fijo-discontinuo durante los períodos de inactividad, con el objeto de favorecer su contratación y formación continua, *vid*. Art. 33 del convenio colectivo de hostelería de Las Palmas (BOP núm. 15, de 3 de febrero de 2023).

períodos de inactividad o, como mucho, empleos fijos discontinuos[86]. Un ejemplo relevante se encuentra en el Convenio General del Sector de la Construcción, que confía su gestión a un órgano paritario del sector[87]. En coherencia con esta lógica de continuidad, el Tribunal Supremo ha reconocido la licitud de que las personas fijas-discontinuas desarrollen una segunda actividad en el sector público durante los períodos de inactividad, siempre que "no impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes inherentes a ella ni comprometa la imparcialidad o independencia de su desempeño" [88]. Esta doctrina refuerza la finalidad del artículo 16.5 ET y abre una vía legítima para que el personal técnico de los programas PFAE y PRODAE pueda participar en nuevas convocatorias, proyectos formativos o contratos de duración limitada durante los intervalos entre ediciones.

En suma, las garantías de empleo previstas en el artículo 16 ET responden a una doble lógica: por un lado, facilitar el tránsito hacia el empleo indefinido ordinario mediante la transparencia en la cobertura de vacantes, aunque con eficacia limitada en el sector público; y, por otro, reforzar la empleabilidad del colectivo a través del acceso prioritario a la formación y la posible integración en bolsas sectoriales durante los períodos de inactividad. Aunque no aseguran una estabilidad plena, estos mecanismos representan un paso decisivo para equilibrar la intermitencia del vínculo con la seguridad en el empleo y la mejora de la cualificación profesional.

6.3.3. Cotización, subvenciones y prestaciones

El régimen de cotización a la Seguridad Social aplicable al personal técnico fijo-discontinuo en programas PFAE y PRODAE presenta una dualidad estructural: durante los períodos de actividad, la entidad empleadora debe cotizar por todas las contingencias comunes y profesionales, calculando la base sobre las retribuciones efectivamente percibidas; en cambio, durante los períodos de inactividad no existe obligación de cotizar, permitiendo al trabajador acceder a prestaciones por desempleo si cumple los requisitos legales.

Esta dicotomía genera desafíos específicos en el empleo público local. El Real Decreto 818/2021[89], que regula estos programas, establece subvenciones finalistas para cubrir "los costes salariales y de Seguridad Social por todos los conceptos derivados de la contratación del personal necesario", fijando límites máximos anuales: 39.900 euros (coordinador), 33.200 euros (técnico) y 26.600

[86] En este sentido, Lousada Arochena, J. F. y Rodríguez Rodríguez, E., *op. cit*., p. 105.

[87] Art. 26 del convenio colectivo del sector de la construcción (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2023).

[88] STS de 1 de julio de 2024 (recurso núm. 2971/2022).

[89] Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021).

euros (apoyo). Las entidades locales, beneficiarias principales (art. 20), encuentran así garantizada la sostenibilidad financiera, pero condicionada a programación presupuestaria anual y justificación de ejecución, lo que limita su flexibilidad organizativa.

A estas medidas de financiación se suma un sistema de bonificaciones a las cuotas empresariales de la Seguridad Social, especialmente relevante cuando la persona trabajadora tiene reconocida una discapacidad igual o superior al 33 %. La Ley 43/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo[90], contempla bonificaciones mensuales de 375 € (4.500 € anuales) para contratos indefinidos a jornada completa, que se elevan a 425 € (5.100 € anuales) en los casos de parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual (≥ 33 %), o de discapacidad física o sensorial de grado ≥ 65 %. Además, estas cuantías se incrementan en 100 €/mes (1.200 €/año) si la persona tiene 45 o más años, o en 70,83 €/mes (850 €/año) si es mujer —sin que ambos incrementos puedan acumularse—. Este régimen de incentivos refuerza la dimensión inclusiva de los programas PFAE y PRODAE, fomentando la incorporación de personal técnico con discapacidad y aportando, al mismo tiempo, un alivio financiero a las entidades contratantes.

Por su parte, la protección social ha mejorado con reformas recientes. El Real Decreto-ley 11/2024[91] introduce en el art. 247.2 LGSS un coeficiente multiplicador de 1,5 sobre días en alta (límite 365 días/año) para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte/supervivencia. El coeficiente permite acreditar más rápidamente los períodos de carencia exigidos para prestaciones de largo alcance, fortaleciendo la seguridad contributiva del colectivo. Sin embargo, la reforma no está exenta de críticas. Por un lado, el coeficiente puede resultar insuficiente para compensar plenamente los efectos de la intermitencia, especialmente en aquellos sectores en los que la duración anual del trabajo efectivo es muy reducida. Por otro, al no haberse ajustado las bases de cotización, persiste una brecha que incidirá en la cuantía de las pensiones: se mejora el acceso, pero no la intensidad de la prestación. Además, el legislador limita el alcance del coeficiente a las prestaciones citadas, pues el párrafo segundo del artículo 247.2 LGSS excluye expresamente las de incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, donde solo se computan los períodos efectivamente trabajados. Esta exclusión es difícilmente justificable desde una perspectiva de política social, pues perpetúa una brecha de protección en dos contingencias estrechamente vinculadas a la continuidad del empleo.

[90] BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

[91] La reforma ha sido llevada a cabo por el Real Decreto-ley 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo (BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2024).

Pero, sin duda, la prestación que cobra especial relevancia es el desempleo. La finalización del programa formativo y la consiguiente inactividad del personal técnico constituye, conforme al artículo 36.1.7 del Real Decreto 84/1996, una situación asimilada al alta, y, en virtud del artículo 267.1.d) LGSS, una situación legal de desempleo[92]. En consecuencia, el personal técnico podrá acceder a la prestación contributiva siempre que cumpla los requisitos generales, en particular, acreditar al menos 360 días de cotización en los últimos seis años. Al respecto y como se pone de manifiesto en la doctrina judicial en relación con los PFAE, "como norma general, los programas tienen una duración aproximada de once meses para los alumnos trabajadores y de once meses y 15 días, aproximadamente, para el resto del equipo del proyecto"[93]. Esta circunstancia relativa a la duración del proyecto y por tanto a la del contrato de trabajo del personal, podría ocasionar que no tuvieran acceso a la prestación contributiva por desempleo al no alcanzar el mínimo legal. Si bien la norma no exige que la cotización sea ininterrumpida, pudiendo acumular la resultante de varios contratos de trabajo, resultaría idóneo que la contratación del personal tuviera una duración mínima de 360 días, con el fin de poder garantizar el reconocimiento de la condición de beneficiario de la prestación al finalizar cada acción formativa. Una vez que se produzca nuevamente el llamamiento y la persona se reincorpore al trabajo, se suspenderá la prestación por desempleo si el tiempo de trabajo no supera los 12 meses, extinguiéndose el derecho si lo superara. Asimismo, es importante destacar que, de conformidad con el artículo 271 LGSS, y con efectos a partir del 1 de noviembre de 2024, se considera causa de suspensión de la prestación la falta de reincorporación al trabajo una vez producido el llamamiento, salvo causa justificada.

En el nivel asistencial, la disposición final sexta del Real Decreto-ley 32/2021 encomendó al Gobierno mejorar la protección de los fijos-discontinuos con el fin de equipararles al resto de personas trabajadoras del Régimen General. Con tal objetivo, se suprimen las limitaciones que contenía el artículo 277.4 LGSS, referidas tanto a la restricción en la duración del subsidio, que estaba vinculada a la cotización del año anterior, como a la exclusión del colectivo del subsidio para mayores de 52 años[94], lo que constituye un avance significativo en términos de

[92] *Vid.* STS de 23 de octubre de 2023, (recurso núm. 1926/2020), en la que se niega la existencia de situación legal de desempleo en un supuesto de contrato indefinido a tiempo parcial con jornada concentrada en determinados meses del año. El Alto Tribunal razona que, una vez ejecutada la totalidad de la jornada anual pactada, la posterior inactividad no implica extinción, suspensión ni reducción de la relación laboral, por lo que no puede equipararse a la inactividad propia del trabajo fijo-discontinuo. La sentencia resulta relevante para delimitar los supuestos en los que la intermitencia de la prestación no genera, por sí sola, derecho a la protección por desempleo.

[93] STSJ de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 6 de junio de 2024 (recurso núm. 422/2024).

[94] Tal supresión se llevó a cabo por la disposición final sexta del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057,

igualdad de trato. Por su parte, el SEPE ha dictado unas instrucciones aclaratorias sobre la reforma señalando lo siguiente[95]: en primer lugar, la duración del subsidio será la establecida con carácter general en el artículo 277 LGSS[96]; en segundo lugar, durante su percepción no se cotiza, salvo en el caso del subsidio para mayores de 52 años; y, para este último, se exige acreditar al menos seis años de cotización por desempleo a lo largo de la vida laboral y reunir los requisitos de acceso a la pensión contributiva de jubilación, salvo la edad.

En conjunto, las reformas recientes han permitido una protección más coherente y homogénea para las personas trabajadoras fijas-discontinuas, aunque persisten diferencias materiales que invitan a seguir avanzando hacia una plena equiparación con el empleo indefinido ordinario.

7. CONCLUSIONES

El contrato fijo-discontinuo se ha consolidado tras la reforma laboral de 2021 como una modalidad contractual idónea para atender en el empleo público local necesidades estructurales genuinamente discontinuas, como las derivadas de los programas PFAE y PRODAE, cuya ejecución queda supeditada a ciclos presupuestarios y convocatorias periódicas de subvenciones. Su aplicación en las Administraciones Públicas exige, sin embargo, un doble filtro analítico: por un lado, el cumplimiento estricto de los presupuestos materiales y formales exigidos por el artículo 16 ET —intermitencia real y previsible de la actividad, integrada en la estructura ordinaria de la entidad—; por otro, la acreditación expresa requerida por la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 32/2021 y su compatibilidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (art. 103.2 CE).

de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2022).

[95] Instrucciones provisionales para la aplicación, en materia de protección por desempleo, del Real Decreto–Ley 32/2021, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo y del Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo, 2022, disponible en www.sepe.es (consultado el 2 de octubre de 2025).

[96] La reciente reforma del nivel asistencial del desempleo ha previsto un mecanismo de "pasarela" hacia el Ingreso Mínimo Vital (IMV) para las personas que agotan el subsidio, permitiendo, previa autorización de la persona interesada, la tramitación de oficio del IMV mediante el intercambio de información entre los servicios públicos de empleo y la Seguridad Social, mecanismo articulado en el Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo (BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2024).

La revisión sistemática realizada en este trabajo pone de manifiesto tensiones ineludibles entre la lógica laboral de esta figura y las reglas específicas del empleo público. Los límites legales de contratación —oferta de empleo público, tasa de reposición de efectivos, restricciones presupuestarias y planificación plurianual— restringen su ámbito de aplicación a aquellas necesidades cuya periodicidad dependa objetivamente de decisiones externas de programación y financiación no garantizadas jurídicamente, descartando su uso cuando la actividad se integre funcionalmente en las competencias ordinarias de la entidad o exista expectativa razonable de continuidad absoluta. El llamamiento emerge como eje vertebrador de la figura, pero en el sector público demanda una transparencia reforzada que evite cualquier margen de discrecionalidad, convirtiéndose en objeto prioritario de control por la Inspección de Trabajo conforme a su Plan Estratégico 2025-2027.

Las garantías previstas en el artículo 16 ET neutralizan riesgos de discriminación asociados a la intermitencia —igualdad de trato, cómputo de antigüedad sobre la totalidad del vínculo salvo indemnización proporcional—, pero la conversión a contrato indefinido ordinario se configura como mera expectativa en el empleo público, condicionada a la existencia de vacantes estructurales en la relación de puestos de trabajo y a procesos selectivos que respeten los principios de acceso público. Frente a esta vía restringida, cobra relevancia la prioridad en formación profesional durante los períodos de inactividad (art. 16.8 ET), si bien su efectividad queda comprometida por la ausencia de mención expresa en el artículo 50 de la Ley 3/2023 de Empleo, convirtiéndola en un "neutrón normativo" que exige una coordinación efectiva entre la LOFP, los servicios públicos de empleo y las entidades locales ejecutoras para evitar la erosión de la cualificación técnica esencial en estos programas.

El régimen económico y de protección social presenta avances significativos, pero también persistentes asimetrías. Las subvenciones finalistas del Real Decreto 818/2021 aseguran la viabilidad financiera de PFAE y PRODAE —con límites anuales de 39.900 euros para coordinadores, 33.200 para técnicos y 26.600 para apoyo—, complementadas por bonificaciones por discapacidad de la Ley 43/2006 que refuerzan su dimensión inclusiva. La cotización se limita a períodos de actividad efectiva, mientras el coeficiente multiplicador de 1,5 introducido por el Real Decreto-ley 11/2024 en el artículo 247.2 LGSS mejora el acceso a prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, así como muerte y supervivencia, aunque excluye incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, perpetuando brechas en prestaciones. La protección por desempleo, asimilada a situación legal de desempleo, enfrenta el obstáculo de la duración típica de los programas (11 meses), insuficiente para alcanzar los 360 días de cotización exigidos, pese a la equiparación asistencial plena lograda por el Real Decreto-ley 32/2021.

En definitiva, el contrato fijo-discontinuo puede constituir una solución jurídicamente válida para la gestión del personal técnico en políticas activas de empleo, siempre que se aplique con criterio restrictivo y finalista: delimitando

supuestos de inadmisibilidad, armonizando el llamamiento con exigencias de publicidad administrativa, otorgando prioridad formativa al personal técnico y extendiendo el coeficiente corrector de cotizaciones a todas las prestaciones. Solo así se evitará su desnaturalización, optimizando tanto la estabilidad de los equipos técnicos como la eficacia del servicio público local, sin erosionar los principios rectores del empleo público.

NECESARIA REFORMA DEL DESPIDO OBJETIVO POR INEPTITUD SOBREVENIDA: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

NECESSARY REFORM OF OBJECTIVE DISMISSAL DUE TO SUBSEQUENT INCOMPETENCE: DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Nuria J. Ayerra Duesca
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza
ORCID: 0000-0002-1266-7465

RESUMEN **Palabras clave:** ajuste razonable, incapacidad, adaptación y reubicación, prevención de riesgos laborales, ineptitud sobrevenida

Recientemente ha tenido lugar en nuestro país una importante reforma legal en relación con la incapacidad permanente, introducida por la Ley 2/2025, de 29 de abril, que trae causa en la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (caso Ca Na Negreta, asunto C-631/22), por la que se refuerza la obligatoriedad de llevar a cabo las medidas de ajuste razonable, previamente a la extinción del contrato de trabajo de aquellas personas trabajadoras que acceden a alguna situación de discapacidad. No obstante, la nueva regulación introducida no se ha hecho extensiva a otros supuestos distintos, como la ineptitud sobrevenida del artículo 52.a) ET, lo que hace necesaria su reforma, con la finalidad de garantizar la protección frente al despido de las personas trabajadoras a las que les sobreviene una limitación de su capacidad laboral.

ABSTRACT ***Keywords:*** *reasonable accommodation, disability, adaptation and relocation, occupational risk prevention, supervening ineptitude*

An important legal reform has recently taken place in our country in relation to permanent disability, introduced by Law 2/2025, of April 29, which is based on the TJUE ruling of January 18, 2024 (Ca Na Negreta case, case C-631/22), which reinforces the obligation to carry out reasonable adjustment measures, prior to the termination of the employment contract of those workers who access some situation of disability. However, the new regulation introduced has not been extended to other different cases, such as the sudden inadequacy of article 52.a) ET, which makes its reform necessary, in order to guarantee the protection against the dismissal of workers who experience a limitation in their work capacity.

 Recepción original: 21.10.2025. Aceptación: 01.12.2025

ÍNDICE

1. Introducción
2. Antecedentes normativos y jurisprudenciales
3. Análisis jurisprudencial de la ineptitud sobrevenida y su impacto en el ámbito laboral
   3.1. Definición y características esenciales de la ineptitud sobrevenida
   3.2. Acreditación de la ineptitud: carga de la prueba y valoración de informes
4. Necesaria reforma del despido objetivo por ineptitud sobrevenida
   4.1. Justificación y protección frente al despido
   4.2. Diferencias y similitudes entre figuras afines como la incapacidad permanente, incapacidad temporal y despido disciplinario
   4.3. Obligaciones empresariales y propuesta de reforma: obligación de adaptación y reubicación
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El despido objetivo por ineptitud sobrevenida aparece regulado en el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores[1] -en adelante, ET-, y constituye una de las causas de extinción contractual según la cual, "*el contrato podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento"*. Al mismo tiempo, se exigen una serie de requisitos formales entre los que destacan: comunicación escrita expresando la causa, puesta a disposición de forma simultánea de la correspondiente indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, concesión de un plazo de preaviso de quince días y una licencia de seis horas semanales con la finalidad de buscar empleo (artículo 53 ET).

Esta causa de despido objetivo regulada en el E.T., pero no definida, aparece muy vinculada con la salud, la enfermedad o la discapacidad de las personas trabajadoras, lo cual, ha dado lugar a diferentes interpretaciones por parte de la jurisprudencia española -influenciada tanto por el derecho de la Unión Europea como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en adelante, TJUE-, que conlleva un reforzamiento del derecho de los trabajadores al acceso y mantenimiento del empleo, junto con la consiguiente obligación empresarial de garantizarlo, teniendo que cumplir la empresa una serie de requisitos como la obligatoriedad de acreditar tanto la ineptitud como la imposibilidad de adoptar las correspondientes medidas de ajuste.

[1] Estatuto de los Trabajadores de 2015. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre. (RCL 2015\1654).

Así pues, la falta de definición legal del concepto de ineptitud junto con su similitud con otras figuras jurídicas como la incapacidad permanente, -la cual ha sido objeto de una reciente reforma que ha culminado con el artículo 49.1.n) ET, pero que no se ha hecho extensiva a otros supuestos distintos como la ineptitud- genera cierta incertidumbre que hace más necesario que nunca plantearse una reforma legislativa clara, explícita y precisa en relación con la definición, el alcance y las obligaciones a la hora de articular esta causa de extinción contractual, que ofrezca seguridad jurídica y protección a las personas trabajadoras que se enfrentan a lo largo de su vida a situaciones sobrevenidas de inhabilidad o pérdida de aptitud para el desempeño del puesto de trabajo, de tal forma que prime la garantía en el mantenimiento del empleo dentro de unos parámetros de seguridad y salud, evite situaciones discriminatorias que puedan surgir, y refuerce el deber empresarial de adaptación o reubicación, como seguidamente se expone.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

Existen antecedentes normativos y jurisprudenciales de relevancia como son la Directiva 2000/78[2] del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación -en adelante, Directiva 2000/78-, y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad[3] -en adelante, Convención de la ONU-, aprobada por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009[4], relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas, sobre los derechos de las personas con discapacidad, que establecen la obligación de los empleadores de adoptar las medidas necesarias o los ajustes razonables para las personas con discapacidad de manera que les permita el acceso, mantenimiento y promoción en el trabajo, incluido el acceso a la formación, excepto, que la persona en cuestión no sea competente, no esté capacitada para el desempeño de las funciones principales del puesto de trabajo, o no pueda adaptarse a la formación que se imparta, o bien, que la adopción de tales medidas supongan una carga excesiva para la parte empleadora.

Todo ello, con la finalidad de luchar contra toda discriminación que supone la denegación de medidas de ajuste razonable, entendiendo por tales "*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad*

[2] Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre. Establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. (LCEur 2000\3383).

[3] DO 2010, L 23, p. 37.

[4] DO 2010, L 23, p. 35.

de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

En el mismo sentido, el TJUE[5] da una interpretación amplia tanto de la definición de discapacidad como del concepto de ajuste razonable. Respecto a la definición de discapacidad, incluye las enfermedades de larga duración que limiten la capacidad profesional de manera prolongada o permanente, y equipara al concepto de discapacidad aquella enfermedad que reúna estas características (sentencia de 11 de abril de 2013 del TJUE, caso Ring, asuntos acumulados C-335/11 y 337/11) y no presente una perspectiva bien definida en cuanto a su finalización a corto plazo, o que pueda prolongarse de manera significativa antes de la curación de dicha persona (sentencia de 1 de diciembre de 2016 del TJUE, caso Daouidi, asunto C-395/15).

No obstante, hoy en día con la integración de la enfermedad o condición de salud como nuevo factor de discriminación en el ámbito laboral en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley 15/2022[6], de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación -en adelante, Ley 15/2022-, ya no es necesario equiparar la enfermedad con la discapacidad y, por consiguiente, que la enfermedad sea duradera, o conlleve limitaciones en la vida profesional que supongan un obstáculo, o que en la enfermedad concurra algún factor de discriminación, segregación o estigmatización, como se ha venido exigiendo por los tribunales[7].

Sin embargo, la norma contempla que se podrán establecer diferencias de trato cuando la enfermedad conlleve limitaciones objetivas y razonables para el ejercicio de determinadas actividades y que persigan un fin legítimo, que daría lugar al despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Además, esta Ley no ha modificado el ET y, por lo tanto, el despido por estos motivos no constituye una causa de nulidad objetiva o automática, que trae como consecuencia que la persona trabajadora tenga que acreditar la conexión entre la extinción del contrato y su enfermedad.

[5] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TJUE (Sala Segunda) Caso HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros. Sentencia de 11 abril 2013. (ECLI:EU:C: 2013:222); Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TJUE (Sala Tercera) Caso Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y Otros. Sentencia de 1 diciembre 2016 (ECLI:EU:C: 2016:917); Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TJUE (Sala Segunda) Caso contra varios. Sentencia de 15 julio 2021. (ECLI:EU:C:2021: 606); Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TJUE (Sala Tercera) Caso contra HR Rail S.A. Sentencia de 10 febrero 2022. (ECLI:EU:C:2022: 85).

[6] Ley núm. 15/2022, de 12 de julio. Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. BOE 13 julio 2022, núm. 167, [pág. 98071, Núm. Págs. 38].; rect. BOE, núm. 224. (RCL 2022\1337).

[7] Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 62/2008 de 26 mayo. (ECLI:ES:TC:2008: 62); Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia núm. 366/2016 de 3 mayo, rec. núm. 3348/2014.(ECLI:ES:TS:2016: 3253).

En relación con el concepto de ajustes razonables, el TJUE entiende por tales las medidas de todo tipo, materiales, organizativas, educativas, una eventual reducción del tiempo de trabajo como medida adecuada, o el cambio a otro puesto de trabajo acorde y compatible en relación a las competencias, capacidades y disponibilidad exigidas (sentencia de 10 de febrero de 2022 del TJUE, caso contra HR Rail S.A., asunto C-485/20), argumentando que no constituyen una lista cerrada y que tienen por finalidad "*la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás",* siempre y cuando no supongan una carga excesiva para la empresa (sentencia de 15 de julio de 2021 del TJUE, caso Tartu Vangla, asunto C 795/2019); incluso, la disminución de la carga de trabajo[8] por motivos de discapacidad constituye una medida proporcionada, necesaria y adecuada, con la finalidad de combatir toda discriminación y garantizar la igualdad de trato de las personas con discapacidad.

Por último, la sentencia más reciente del TJUE de 18 de enero de 2024 (caso Ca Na Negreta, asunto C-631/22)[9], reitera la obligatoriedad de la empresa de llevar a cabo los ajustes razonables pertinentes que posibiliten a la persona trabajadora seguir manteniendo su empleo, hasta en el caso de sufrir una incapacidad permanente total debido a una discapacidad sobrevenida, que no puede constituir una causa automática de extinción del contrato de trabajo si no acredita que dichos ajustes razonables constituyen una carga excesiva, lo que ha dado lugar a la reforma del artículo 49.1.e) ET, mediante la Ley 2/2025[10], de 29 de abril, -en adelante, Ley 2/2025, de 29 de abril- por la que se da nueva redacción al artículo 49 ET incorporando una nueva letra (actual artículo 49.1.n. ET).

El objetivo de esta reforma es evitar el despido automático de las personas trabajadoras que accedan a la situación de incapacidad permanente en cualquier grado (incapacidad permanente total, absoluta y gran incapacidad); proteger el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad; priorizar la voluntariedad de la persona trabajadora de seguir manteniendo el empleo con las medidas de adaptación o ajustes razonables, incluido el cambio a otro puesto de trabajo disponible y compatible con su estado, sus capacidades y su perfil profesional; y, establecer la obligatoriedad para las empresas de llevar a cabo

[8] Tribunal Constitucional. TC (Sala Primera) Sentencia núm. 51/2021 de 15 marzo. (ECLI:ES:TC:2021: 51).

[9] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TJUE (Sala Primera) Caso J. M. A. R. contra Ca Na Negreta, S. A. Sentencia de 18 enero 2024. (ECLI:EU:C:2024: 53).

[10] Ley 2/2025, de 29 de abril, por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente. BOE 30 abril 2025. (LEG\2025\12139).

tales medidas siempre y cuando la adopción de todas ellas no supongan una carga excesiva.

Ahora bien, esta reforma se refiere únicamente a los supuestos de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, pero no a otros supuestos distintos como la ineptitud sobrevenida como causa objetiva de despido[11] del artículo 52.a) ET, para el que no se ha previsto legalmente ninguna medida específica, lo cual podría dar lugar a situaciones discriminatorias, ya que se trata de personas a las que les sobreviene una inhabilidad o carencia de facultades profesionales, y, de conformidad con la Ley 15/2022, de 12 de julio (artículos 4 y 6), y el Real Decreto Legislativo, 1/2013, de 29 de noviembre[12] (artículos 40 y 63), la denegación de ajustes razonables constituye una vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad, produciéndose un agravio comparativo entre la protección otorgada a las personas que acceden a situaciones de incapacidad permanente, y aquellas otras que sin llegar a ningún grado de incapacidad sufren una inhabilidad o pérdida de aptitud que les pone en riesgo de despido.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA INEPTITUD SOBREVENIDA Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO LABORAL

3.1. Definición y características esenciales de la ineptitud sobrevenida

A la hora de articular un despido objetivo por ineptitud sobrevenida de la persona trabajadora por motivos de salud, enfermedad o discapacidad, ha sido la jurisprudencia[13] la que ha definido el concepto de ineptitud y ha determinado la

[11] Rodríguez Cardo, I.A., "La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y sus potenciales efectos colaterales en los derechos de seguridad social", *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 2, vol. 3 (2024), pp. 13-14; Beltran De Heredia Ruiz, I.., "La extinción del contrato por Gran Invalidez, Incapacidad Permanente Absoluta o Total, a la luz del asunto Ca Na Negreta", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 8 (2024), p. 111.

[12] Ley General de derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. BOE 3 diciembre 2013, núm. 289, [pág. 95635]. (RCL 2013\1746).

[13] Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 9 febrero 2017 (ECLI:ES:TS:2017: 919A); Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 492/2016 de 15 marzo (ECLI:ES:TSJAS:2016: 685);Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 610/2018 de 3 octubre (ECLI:ES:TSJCL:2018:3299); Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2482/2018 de 30 octubre (ECLI:ES:TSJAS:2018:2482); Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 277/2019 de 22 enero (ECLI:ES:TSJCAT:2019:211); Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1238/2017 de 30 mayo (ECLI:ES:TSJPV:2017:2003); Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 610/2017 de 7 junio (ECLI:ES:TSJMU:2017:1037).

concurrencia de una serie de requisitos para que el despido basado en esta causa objetiva sea acorde a derecho, además de la exigencia legal de ser conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, que seguidamente se expone.

La ausencia de definición legal del concepto de ineptitud ha conferido a la doctrina judicial un papel fundamental en la configuración y delimitación de esta causa de despido objetiva, en línea con la Directiva 2000/78, la Convención de la ONU y la interpretación del TJUE, que refleja una consideración amplia del concepto de discapacidad y, por consiguiente, la extensión a los supuestos de ineptitud sobrevenida de la obligatoriedad por parte de la empresa de implementar las adaptaciones necesarias o los ajustes razonables.

Así, la doctrina del Tribunal Supremo[14] de los años 80 y 90, reiterada posteriormente por las Salas de Suplicación, ha venido a complementar la aplicación del artículo 52.a) E.T., precisando que la ineptitud conlleva una falta de condiciones necesarias por pérdida de capacidad profesional[15], de aptitud, o una serie de limitaciones funcionales[16] que imposibilitan a la persona trabajadora seguir desempeñando los aspectos esenciales del puesto de trabajo.

También, se refiere a la imposibilidad de realizar las funciones habituales de la prestación laboral contratada -pero no referente al desempeño de funciones distintas-, que pueden ser derivadas de una movilidad funcional[17], o bien que la persona trabajadora haya perdido independientemente de la causa las condiciones de idoneidad[18] mínimas para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, incluida la inexistencia de título habilitante, permiso o autorización para el desempeño del trabajo, tras ser legalmente exigidos de manera sobrevenida a la firma del contrato o debido a la pérdida de los mismos.

[14] Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social, Sentencia de 14 julio 1982; Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social, Sentencia de 7 julio 1986; Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social, Sentencia de 9 julio 1983; Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social, Sentencia de 29 marzo 1984; Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social, Sentencia de 29 diciembre 1988; Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social, Sentencia de 3 julio 1989;Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 2 mayo 1990.

[15] Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 986/2014 de 2 mayo, rec. núm. 833/2014. (ECLI:ES: TSJAS:2014: 1488).

[16] Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 75/2012 de 6 febrero, rec. núm. 774/2011. (ECLI:ES: TSJMU:2012: 160).

[17] Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, Sentencia núm. 1545/2013 de 23 octubre, rec. núm. 716/2013. (ECLI: ES: TSJICAN: 2013:3630).

[18] Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 4480/2011 de 23 junio, rec. núm. 7434/2010. (ECLI: ES: TSJCAT: 2011:7271); Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 1342/2014 de 13 junio, rec. núm.1171/2014. (ECLI: ES: TSJAS: 2014:1848); Juzgado de lo Social núm.7 de Murcia, Sentencia núm. 65/2015 de 12 febrero, rec. núm. 694/2014. (ECLI: ES: JSO: 2015: 44).

De igual manera, ha de ser de entidad suficiente e independiente de la voluntad de la persona trabajadora, es decir, hace referencia 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, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc...*", y, además, tienen que darse una serie de requisitos o características: ha de ser verdadera y no disimulada, general por referirse al conjunto del trabajo encomendado y no relativa a aspectos concretos, de cierto grado por determinar una aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión, referida a la persona trabajadora y no a los medios materiales empleados, permanente y no meramente circunstancial, y relacionada con las tareas propias de la prestación laboral contratada y no referida a la realización de trabajos distintos[19]. Por consiguiente, para constituir una causa válida de despido, la ineptitud, además de referirse a una limitación de la capacidad por parte de la persona trabajadora tiene que reunir los requisitos mencionados, por lo que "*no toda ineptitud es causa de despido"* [20].

En este sentido, el TSJ de Navarra en sentencia de 31 de julio de 1997[21], dispone que la ineptitud es la falta de aptitud para una adecuada prestación de servicios por parte de la persona trabajadora, debida a la ausencia de condiciones físicas, psíquicas o legales necesarias. En la misma línea, esta Sala en sentencia de 24 de julio de 2001[22], hace referencia a la procedencia de las causas de la ineptitud entre las que destaca: la falta de conocimientos o habilidades necesarios para el desempeño del trabajo, bien por falta de formación suficiente o debido a una deficiencia física o intelectual que sitúe a la persona trabajadora por debajo de los niveles de normalidad; la aparición de problemas psíquicos que impiden la correcta realización del trabajo a pesar de tener los conocimientos y la habilidad precisa; o bien, la ausencia de requisitos legales habilitantes para poder realizar el trabajo a pesar de disponer de conocimientos, habilidades y aptitudes físicas y psíquicas para realizarlo.

[19] Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia núm. 6/2013 de 14 enero, rec. núm. 4701/2012. (ECLI: ECLI: ES: TSJM: 2013: 336); Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 1616/2012 de 28 febrero, rec. núm. 6891/2011. (ECLI: ES: TSJCAT: 2012:3160).

[20] Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª), Sentencia núm. 497/2016 de 11 julio, rec. núm. 348/2016. (ECLI: ES: TSJM: 2016:8751); Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 862/2020 de 25 septiembre, rec. núm. 364/2020. (ECLI: ES: TSJM: 2020:11298).

[21] Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia núm. 374/1997 de 31 julio.

[22] Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 263/2001 de 24 julio, rec. núm. 264/2001.

Y, más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2022[23], expone que: "*La noción de ineptitud sobrevenida, a falta de una definición legal expresa, se ha asociado a una falta de habilidad para el desempeño de la actividad laboral que resulta en impericia o incompetencia y se traduce en un bajo rendimiento o productividad de carácter permanente y no relacionado con una actitud dolosa del trabajador […].* Es decir, se puede tratar de un deterioro físico o psíquico que limita la capacidad de las personas trabajadoras e impide el desempeño del trabajo o de las funciones principales del puesto en términos de normalidad, y, también, puede referirse a la falta de alguna condición legal o habilitante para el desarrollo del trabajo como puede ser la pérdida del permiso de conducir cuando sea requisito indispensable.

3.2. Acreditación de la ineptitud: carga de la prueba y valoración de informes

En relación con lo anterior, una vez definida la ineptitud, la jurisprudencia exige que esta afecte al rendimiento o desarrollo del trabajo de forma significativa y, además, que la empresa pruebe y acredite dichos extremos, de tal forma que resulte incuestionable que la persona trabajadora no puede llevar a cabo la prestación de servicios encomendada. Una forma de probarlo sería los numerosos y prolongados periodos de IT en los que la persona trabajadora pueda estar incursa debido a la imposibilidad de desempeñar adecuadamente las tareas del puesto de trabajo, sin poder probar su aptitud para desempeñarlo; y ello, independientemente de haberse denegado una incapacidad permanente y sin que sea suficiente la mera declaración de pérdida de aptitud por parte de la entidad aseguradora para el desempeño de las tareas del puesto de trabajo, cuando no esté justificada, según expresa la sentencia anteriormente referenciada del TS de 23 de febrero de 2022, y no se aporten otros medios válidos de prueba, sobre todo cuando la persona trabajadora se oponga a tal declaración. Por lo tanto, no toda la ineptitud es causa de despido, sino que le incumbe a la empresa la carga probatoria.

Así pues, la declaración de "No apto" o "Apto con limitaciones"[24] realizada por los servicios de prevención no es suficiente para que opere de forma automática el despido objetivo por ineptitud sobrevenida, aunque se le haya denegado una incapacidad permanente y la persona trabajadora no se haya incorporado a su puesto de trabajo, por constituir un medio probatorio insuficiente para acreditar la extinción del contrato, cuyo informe tiene una finalidad informativa de las

[23] Tribunal Supremo. TS (Sala de lo Social) Sentencia núm. 177/2022 de 23 febrero, rec. núm. 3259/2020. (ECLI:ES:TS: 2022:1015).

[24] Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 242/2018 de 2 mayo, rec. núm. 204/2018. (ECLI: ES: TSJAR: 2018:569); Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 1006/2019 de 4 abril, rec. núm. 779/2018. (ECLI: ES: TSJAND: 2019:3493).

conclusiones sobre la pérdida de aptitud o la necesidad de introducir o mejorar las medidas preventivas[25], y no puede fundarse en las lesiones de la persona trabajadora[26], ya que los datos relativos a la vigilancia de la salud no se pueden usar con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador (artículo 22.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, -en adelante LPRL-).

Este informe de aptitud debe contener una descripción detallada del puesto de trabajo en el que se especifiquen los riesgos que implican las actuales condiciones de trabajo, las limitaciones concretas y específicas de la persona trabajadora que precise qué funciones puede o no desempeñar, los menoscabos que le impiden realizar sus funciones[27] y las medidas de prevención y protección necesarias, trasladando a la empresa la obligación de introducir las medidas adecuadas para el desempeño del puesto de trabajo sin riesgos para la persona trabajadora, lo cual supone un esfuerzo por parte de la empleadora de llevar a cabo una actividad preventiva y de protección acorde a las limitaciones de la persona, de tal forma que posibilite el desempeño de sus funciones o acredite la imposibilidad de hacerlo.

Por lo tanto, la empresa, independientemente de la declaración de "no apto" o "apto con limitaciones" de los servicios de prevención, que no opera de forma automática para proceder a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida, tiene que justificar, en primer lugar, la ineptitud junto con la concurrencia de los requisitos establecidos jurisprudencialmente y, en segundo lugar, la imposibilidad de adaptar[28] el puesto de trabajo a las condiciones actuales de la persona trabajadora, sin que la continuidad en el mismo suponga un riesgo para la salud, o acreditar que no existen otros puestos de trabajo compatibles con el estado de salud y sin riesgo[29] para la persona trabajadora, sus compañeros u otras personas relacionadas con la empresa.

[25] Tribunal Superior de Justicia. TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 5341/2023 de 27 septiembre. (ECLI:ES: TSJCAT: 2023:9162); TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 7092/2023 de 14 diciembre. (ECLI:ES: TSJCAT: 2023: 11421); Tribunal Superior de Justicia. TSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1985/2022 de 7 junio. (ECLI: ES: TSJCV: 2022:3566).

[26] Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia núm. 5752/2023 de 22 diciembre, rec. núm. 3228/2023. (ECLI: ES: TSJGAL: 2023:8788).

[27] Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 2164/2021 de 16 septiembre, rec. núm. 161/2020. (ECLI: ES: TSJAND: 2021:11368).

[28] Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 2492/2017 de 7 noviembre, rec. núm. 2237/2017. (ECLI: ES: TSJAS: 2017: 3862); Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 1730/2019 de 27 junio, rec.núm.1336/2018. (ECLI: ES:TSJAND:2019:6800).

[29] Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 1923/2019 de 29 octubre, rec. núm. 1701/2019. (ECLI: ES: TSJPV: 2019:3100); Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 2121/2020 de 6 julio, rec. núm. 384/2019. (ECLI: ES: TSJAND: 2020:10122).

Es decir, la empleadora debe intentar la adaptación del puesto de trabajo y en caso de no ser posible, la reubicación o cambio a otro puesto compatible, con la finalidad de facilitar el desempeño de las funciones y evitar o minimizar riesgos tanto para la persona trabajadora como para otras personas, incluyendo, si es necesario y en último término, eventuales movilidades funcionales o geográficas, o a través de una modificación de condiciones de trabajo[30]. Y, únicamente, cuando la empresa pudiese acreditar la imposibilidad de llevarlas a cabo, por ser ella sobre la que recae la carga de la prueba[31], podría recurrir a la vía de extinción del contrato por ineptitud sobrevenida.

Sin embargo, una cosa es el cumplimiento de las anteriores obligaciones legales de adaptación del puesto de trabajo a las limitaciones de las personas trabajadoras (artículo 15 LPRL), y otra distinta es que la empresa tenga que crear un puesto de trabajo carente de funciones. En este sentido, el TS[32] declara que "*no existe un derecho abstracto y genérico a que se cree un puesto de trabajo acorde a las limitaciones físicas*", ni tampoco existe una obligación legal del cambio.

En definitiva, para poder articular un despido objetivo por ineptitud sobrevenida acorde a derecho, la empresa debe acreditar la imposibilidad de garantizar la continuidad en el puesto de trabajo sin riesgos para la salud de la persona trabajadora, y ello, porque en nuestro ordenamiento jurídico "*[...] prima el derecho al trabajo[33], pero dentro de los parámetros de seguridad e higiene, de forma que la empresa no está facultada para instrumentalizar una causa de extinción, sino que ese riesgo que denuncia debe ser un aliciente que fomente la seguridad e higiene en el trabajo, no la extinción del contrato y pérdida del mismo, sino un cauce idóneo para afianzar el marco en el que se desarrolla el trabajo*".

4. NECESARIA REFORMA DEL DESPIDO OBJETIVO POR INEPTITUD SOBREVENIDA

4.1. Justificación y protección frente al despido

A partir de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (caso Ca Na Negreta, asunto C-631/22), se ha articulado en nuestro país una reforma legislativa

[30] Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 1433/2020 de 14 mayo, rec. núm. 146/2020. (ECLI: ES: TSJGAL: 2020:2119).

[31] Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia núm. 4113/2021 de 29 octubre, rec. núm. 3516/2021. (ECLI: ES: TSJGAL: 2021:6306).

[32] Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Social, Sentencia 610/2018 de 3 octubre 2018, Rec. 611/2018. (ECLI:ES:TSJCL:2018:3379); Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 9 febrero 2017 (ECLI: ECLI:ES:TS:2017:919A).

[33] Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 436/2009 de 21 mayo, rec. núm. 379/2009. (ECLI:ES: TSJCANT: 2009:672).

introducida por la Ley 2/2025, de 29 de abril, que afecta a la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados. Esta reforma elimina la automaticidad en la extinción del contrato de trabajo de las personas que acceden a una incapacidad permanente, y ofrece la posibilidad de que las personas con discapacidad sobrevenida puedan mantener el empleo dentro de unos parámetros de seguridad y salud laboral, supeditando la decisión empresarial tanto a la voluntariedad de la persona trabajadora como a la posibilidad de llevar a cabo las adaptaciones o ajustes razonables necesarios, incluido el cambio a otro puesto vacante y compatible con el perfil de la persona trabajadora y su nueva situación, cuyo límite es la excesiva onerosidad.

Sin embargo, nada dice la Ley 2/2025, de 29 de abril, sobre su aplicación a otros supuestos distintos como la ineptitud sobrevenida como causa objetiva de despido[34] del artículo 52.a) ET., y del que cabría una modificación para la inclusión en dicho artículo de todas estas consideraciones articuladas para los supuestos de incapacidad permanente, incluso, la modificación del artículo 55 ET, con la finalidad de incluir la nulidad[35] de aquel despido llevado a cabo sin haber procedido previamente a la adaptación del puesto o al cambio, en estos casos.

Quizás, no se aprovechó la oportunidad para reformar el despido objetivo por ineptitud sobrevenida por una cuestión de urgencia impuesta por el TJUE en el asunto Ca Na Negreta, que obligó al legislador a priorizar la modificación de la extinción automática del contrato de trabajo por incapacidad permanente al considerarlo discriminatorio por razón de discapacidad. Probablemente, la reforma del despido por ineptitud sobrevenida al tratarse de un supuesto distinto con particularidades diferentes, exigía un debate sosegado y tranquilo sobre aspectos concretos como la indemnización, la carga de la prueba o el procedimiento para la adopción de ajustes razonables.

La justificación de todo ello tiene su origen en el derecho de las personas trabajadoras a la integridad física y a una correcta política de prevención de riesgos laborales (artículo 4.2.d) ET). Por este motivo, la LPRL juega un papel fundamental a la hora de modular la aplicación del artículo 52.a) ET, -así lo expone la sentencia del TSJ de Madrid de 14 de enero de 2013[36], según la cual, hay que hacer una interpretación sistemática e integradora de la LPRL por contener normas legales imperativas de obligado cumplimiento- por ser el principio de adaptación

[34] Rodríguez Cardo, I.A., "La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y sus potenciales efectos colaterales en los derechos de seguridad social", Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo, núm. 2, vol. 3 (2024), pp. 13-14; Beltran De Heredia Ruiz, I., "La extinción del contrato por Gran Invalidez, Incapacidad Permanente Absoluta o Total, a la luz del asunto Ca Na Negreta", Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, núm. 8 (2024), p. 111.

[35] Poquet Catalá, R., "Adaptación del puesto de trabajo de las personas trabajadoras especialmente sensibles", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 276 (2024), pp. 78, 79.

[36] Vid. Supra.

del puesto de trabajo un principio fundamental de la acción preventiva (artículo 15 LPRL) y obligar a la empresa a realizar un esfuerzo de adaptación antes de acudir a la vía extintiva del contrato de trabajo.

Además, existe una obligación empresarial de garantizar una protección eficaz a las personas trabajadoras (artículo 14 LPRL), lo cual implica, un deber general de prevención para eliminar, reducir y controlar posibles riesgos (art. 16.2.b LPRL), tomar en consideración las capacidades profesionales de las personas trabajadoras en materia de seguridad y salud en el momento de encomendar las tareas (art. 15.2 LPRL), y adoptar las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados y adaptados para el trabajo que se deba realizar (art. 17.1 LPRL).

De igual manera, una de las manifestaciones del principio de adaptación del puesto de trabajo a la persona es la protección de las personas trabajadoras consideradas especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (el art. 25 LPRL), dentro de las cuales están, entre otras, aquellas que tengan reconocido algún grado de discapacidad o puedan estar pasando por situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo, que obliga a la empresa a garantizar su protección de manera específica, disponiendo que no serán empleadas en aquellos puestos de trabajo en los que puedan ponerse en peligro ellas mismas, las demás personas trabajadoras u otras personas relacionadas con la empresa.

Es decir, por una parte, la LPRL está obligando a la empresa a garantizar de manera específica la protección de aquellas personas trabajadoras que sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo y, por otra parte, al regular que estas personas no serán empleadas en aquellos puestos de trabajo que entrañen riesgos, se está posibilitando el despido por ineptitud sobrevenida[37] legitimando a la empresa para la extinción del contrato de trabajo; eso sí, con las debidas garantías y justificando el cumplimiento de estas obligaciones[38] para evitar cualquier situación de discriminación que conllevaría la nulidad de la decisión extintiva, aspectos todos ellos, que han venido siendo matizados por la jurisprudencia.

A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018[39], dictamina que no existe discriminación en el despido objetivo por ineptitud sobrevenida, una vez que la empresa ha llevado a cabo múltiples ajustes razonables consistentes en la readaptación del puesto de trabajo o reubicación a otros puestos

[37] Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 1615/2020 de 17 junio, rec. núm. 40/2019. (ECLI:ES: TSJAND: 2020:5810).

[38] Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 875/2022 de 11 mayo, rec. núm. 2885/2021. (ECLI:ES: TSJAND: 2022:4679).

[39] Tribunal Supremo. TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 194/2018 de 22 febrero, rec. núm. 160/2016. (ECLI:ES:TS: 2018:757).

distintos y adecuados a las circunstancias actuales de la persona trabajadora. Solamente, en el caso de existir y no adoptarse ninguna medida adecuada y eficaz previa al despido, podría calificarse el despido como nulo. Hay que mencionar que en este caso concreto -trabajadora que padece una dolencia de carácter psiquiátrico que afecta al desempeño de su función y actividad, asimilable a la discapacidad-, existen opiniones divergentes[40] a la sentencia del TS -que declara la improcedencia y no la nulidad-, en la medida que se entiende pudo la empresa llevar a cabo, y no se hizo, el retorno de la trabajadora al puesto de trabajo anterior que durante años ocupó consistente en funciones diferentes, de administrativa u operadora, que realizó de forma satisfactoria sin estar expuesta a riesgos laborales y que era compatible con la patología que actualmente sufría, siempre y cuando dicha medida no hubiese supuesto una carga excesiva para la empresa, lo cual, determinaría la nulidad del despido y no la improcedencia del mismo como estableció el TS.

4.2. Diferencias y similitudes entre figuras afines como la incapacidad permanente, incapacidad temporal y despido disciplinario

Existen diferencias sustanciales entre la ineptitud sobrevenida y la incapacidad permanente ya que ambas tienen un tratamiento jurídico distinto y, por consiguiente, es necesario distinguirlas. La ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva en la empresa como causa extintiva por razones objetivas (artículo 52.a. ET), lleva aparejada la correspondiente indemnización de 20 días de salario por año de servicio (artículo 53.1.b. ET), mientras que la incapacidad permanente total, absoluta y gran incapacidad (artículo 49.1.n. ET) como causa extintiva del contrato de trabajo, no conlleva derecho a indemnización pero da acceso a la correspondiente prestación de la Seguridad Social, condicionada, a partir de la reforma del artículo 49.1.n. ET, a la voluntariedad de la persona trabajadora de mantener su empleo, y a la obligatoriedad de la empresa de realizar los ajustes razonables, incluido el cambio de puesto, cuyo límite es la excesiva onerosidad. Por otro lado, la incapacidad permanente se define por remisión a la legislación de la Seguridad Social y requiere de una declaración administrativa o judicial (artículo 193 y 194 LGSS).

En relación con el concepto, la ineptitud sobrevenida se ha definido por la jurisprudencia, como se ha comentado anteriormente, como una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador

[40] Iturri Gárate, J.C., "Despido por ineptitud sobrevenida. Discapacidad. Medidas de ajuste razonables. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (recurso 160/2016)", Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 189 (2018), pp. 52,53; Beltran de Heredia Ruiz, I., "Una mirada crítica a las relaciones laborales", Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 17 marzo (2018), (disponible en: https://ignasibeltran.com/2018/03/17/despido-objetivo-injustificado-por-ineptitud-sobrevenida-no-discriminacion-si-se-adoptan-medidas-de-readaptacion/; consulta 09.10.2025).

por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, rapidez. etc., (STS de 2 de mayo de 1990[41]), y, difiere del concepto de incapacidad permanente, definida legalmente como aquella situación en la que las reducciones anatómicas o funcionales graves que presenta la persona trabajadora, generalmente, después de haber estado sometida a tratamiento, las cuales pueden determinarse objetivamente y son previsiblemente definitivas, disminuyen o anulan la capacidad laboral. Así pues, la ineptitud sobrevenida constituye un grado de incapacidad física diferente e inferior al requerido para la declaración de incapacidad permanente (sentencia del Juzgado de lo Social de Murcia, de 12 de febrero de 2015[42]).

De igual manera, la ineptitud como causa de despido objetiva permite la extinción contractual después de la declaración de "no apto" o "apto con limitaciones" por parte de los servicios de prevención de la empresa -aunque no opera de forma automática- (artículo 22.6 LPRL, y 37.3 Real Decreto 39/1997, de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención), teniendo que acreditar esta, según constante jurisprudencia, la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo o de reubicación a otro puesto compatible y sin riesgos. Así pues, puede declararse la resolución del contrato por tal causa, aunque la persona trabajadora no alcance ninguno de los grados de incapacidad permanente pero no pueda desempeñar su trabajo.

En otras palabras, la denegación de la incapacidad permanente no supone que la persona trabajadora sea apta para el desempeño de su trabajo, al igual que la declaración de "no apto" para el trabajo implica que tenga que ser reconocido algún grado de incapacidad, que es competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social (sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011, TSJ de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de octubre de 2013, TSJ de Andalucía de Sevilla de 6 de julio de 2020[43]). La calificación de la incapacidad permanente (en los grados de total, absoluta y gran incapacidad) es independiente de la declaración de ineptitud en relación con el empleo (STS de 10 de Octubre del 2011[44]), y, además, tampoco los hechos alegados por la empresa son vinculantes para la calificación de una incapacidad permanente, ya que la ineptitud es una facultad de la empresa limitada al ámbito de las relaciones laborales y distinta del ámbito de la Seguridad Social (STSJ del Principado de Asturias, de 8 de octubre de 2024[45]).

No obstante, la ineptitud como causa de despido objetiva se corresponde normalmente en la práctica con un grado de incapacidad permanente parcial,

[41] Vid. Supra.

[42] Vid. Supra.

[43] Vid. Supra.

[44] Vid. Supra.

[45] Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia núm. 1528/2024 de 8 octubre, rec. núm. 1552/2024. (ECLI:ES: TSJAS: 2024:2334).

aunque son supuestos distintos, sin embargo, esta última no es suficiente por sí sola para justificar un despido objetivo ya que existe una reducción del rendimiento de la persona trabajadora para su profesión habitual, que no impide la realización de las principales funciones o de otras (sentencia del TSJ de Navarra de 31 de julio de 1997[46]); y, en palabras del Tribunal Supremo en sentencia de 14 abril 1988[47] "*dentro, pues, del marco estatutario, la invalidez permanente sólo es hábil para actuar como ineptitud sobrevenida cuando no rebasa el grado parcial, ya que, si tal grado es superior, la citada invalidez se erige en causa distinta que ampara la extinción de la relación laboral, con sometimiento a la disciplina que le es propia*".

También, es independiente de la ineptitud sobrevenida y de la incapacidad permanente la declaración de incapacidad temporal (artículo 45.1.c. ET), que difiere de ambas, pues si bien impide a la persona trabajadora desempeñar su trabajo, tiene un carácter transitorio y no constituye causa de extinción sino de suspensión de la relación laboral con la consiguiente protección de la Seguridad Social, no constituyendo causa ni de ineptitud ni de incapacidad permanente (TSJ de Navarra de 24 de julio de 2001[48]); Y, distinto de estas situaciones es el despido disciplinario que se basa en un incumplimiento grave y culpable de la persona trabajadora como consecuencia de una disminución voluntaria y continuada del rendimiento (artículo 54 ET).

Con todo, a pesar de las diferencias, existen similitudes en relación con la limitación de la capacidad que supone tanto la ineptitud como la incapacidad permanente, lo cual justifica la necesidad de llevar a cabo los ajustes razonables en ambas circunstancias (TSJ de Navarra de 14 de marzo de 2025[49]), condicionando la calificación del despido como nulo si no se llevan a cabo ya que supondría una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 4.1. Ley 15/2022). Para los supuestos de ineptitud sobrevenida, debería articularse la obligación legal de realizar los correspondientes ajustes, con la finalidad de proteger el mantenimiento del empleo en estos casos y adaptar las condiciones de trabajo, y más, cuando se puede incurrir en un supuesto de discriminación indirecta por la mayor vulnerabilidad en la que se encuentran las personas trabajadoras a las que les sobreviene una enfermedad o discapacidad, ya que dicha situación puede acarrear una diferencia de trato amparada legalmente (artículo 2.3 de la Ley 15/2022) siempre y cuando pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios empleados sean adecuados y necesarios para alcanzar el

[46] Vid. Supra.

[47] Vid. Supra.

[48] Vid. Supra.

[49] Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia núm. 118/2025 de 14 marzo, rec. núm. 12/2025. (ECLI:ES: TSJNA: 2025:193).

objetivo y, por consiguiente, sufrir el riesgo de despido (sentencia del TSJ de Galicia, de 29 de octubre de 2021[50]).

A este respecto, la sentencia del TSJ Valladolid, Castilla y León, de 24 de abril de 2024[51], amplía la doctrina del TJUE a casos similares como los supuestos de ineptitud sobrevenida del artículo 52.1.a) ET, con base en la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, sin que proceda la extinción automática del contrato de trabajo por motivos de enfermedad de larga duración y que comporten limitaciones -aunque los casos de ineptitud sobrevenida son causa objetiva de extinción del contrato con derecho a indemnización- sin considerar medidas razonables que permitan mantener el empleo, desempeñar las funciones propias o proceder a la reubicación en otro puesto de trabajo distinto y compatible, o bien, acreditar la empresa la excesiva onerosidad.

Textualmente expone la sentencia: "*El despido por ineptitud sobrevenida, basado en las circunstancias médicas guarda una semejanza absoluta con el art. 48.2 ET, con la única diferencia de que en este último caso no procedía indemnización alguna y en el presente la propia de un despido objetivo […]",* que no excusa la existencia de un comportamiento discriminatorio por discapacidad, si previamente no se han llevado a cabo los correspondientes ajustes razonables o no se ha acreditado la excesiva onerosidad. En otros términos, se puede decir que a partir de la sentencia del TJUE existe una extensión o ampliación[52] de la exigencia de realizar ajustes razonables previos a otros supuestos de extinción como el despido objetivo por ineptitud sobrevenida, en la medida que supone una inhabilidad, disminución o pérdida de capacidad o aptitud para el desarrollo del trabajo.

4.3. Obligaciones empresariales y propuesta de reforma: obligación de adaptación y reubicación

El Tribunal Constitucional en sentencia de 15 de marzo de 2021[53], y el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de febrero de 2025[54], consolidando doctrina, declaran que el incumplimiento empresarial de la obligación de realizar ajustes razonables

[50] Vid. Supra.

[51] Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, Sentencia núm. 685/2024 de 24 abril, rec. núm. 813/2024. (ECLI:ES: TSJCL: 2024:1549).

[52] De la Puebla Pinilla, A., "Incapacidad, ineptitud y extinción del contrato de trabajo. Crónica de una reforma anunciada", Labos, núm. 3, vol. 5 (2024), p. 21; Mella Méndez, L., "Discapacidad, enfermedad e incapacidad y su relación con la extinción del contrato de trabajo: puntos críticos", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 279, (2024), p.16.

[53] Tribunal Constitucional. TC (Sala Primera) Sentencia núm. 51/2021 de 15 marzo. (ECLI:ES:TC: 2021:51).

[54] Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia núm. 94/2025 de 4 febrero, rec. núm. 2725/2024. (ECLI: ES:TS: 2025:509).

priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido, por constituir la denegación de estas medidas una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de discapacidad, acarreando la nulidad de la decisión extintiva, si la empresa no ha evaluado correctamente el puesto y no ha adoptado ninguna medida de adaptación o reubicación a otro puesto compatible, antes de proceder al despido que es la última opción.

En este caso concreto, el TS analiza un supuesto en el cual una trabajadora después de dos años en situación de IT por una enfermedad grave de larga duración (adenocarcinoma de endometrio) asimilable a la discapacidad y habiéndose denegado una incapacidad permanente, se reincorpora nuevamente, volviendo a iniciar nuevo periodo de incapacidad temporal debido a un trastorno depresivo, por lo que es declarada "no apta" para el desempeño de su puesto de trabajo por el servicio de prevención, procediéndose a su despido por ineptitud sobrevenida sin antes adaptar el puesto ni facilitar su reincorporación. Argumenta el TS que la empresa está obligada a acreditar la imposibilidad o las dificultades de adaptación o recolocación, aspecto que incumplió al no tomar ninguna medida con el fin de evitar riesgos para su salud, considerando el despido por ineptitud sobrevenida nulo por discriminatorio por razón de discapacidad.

Esta sentencia supone, de un lado, un refuerzo de protección ante situaciones de enfermedad o discapacidad sobrevenidas y, de otro lado, un esfuerzo para las empresas que tienen la obligación de llevar a cabo los correspondientes ajustes razonables y analizar de manera específica cada supuesto concreto, de tal forma que garanticen seguridad y protección a las personas trabajadoras. Todo ello, además, en coherencia[55] con la reciente reforma introducida en nuestra legislación de eliminación del despido automático por incapacidad permanente, que ha dado lugar a una nueva redacción del artículo 49.1.n) ET.

La reforma introducida para los supuestos de incapacidad permanente que contempla todo un procedimiento de solicitud de ajustes razonables no se ha contemplado para otros supuestos extintivos diferentes como la ineptitud sobrevenida[56], perdiéndose la oportunidad de hacerlo y resultando necesario la reforma del artículo 52.1. a). ET, con la finalidad de articular legalmente el despido por esta causa cuando no sea posible realizar los ajustes razonables por constituir una carga excesiva para la empresa, cuando no exista un puesto de trabajo vacante

[55] Rodríguez Gutiérrez, R., "Principales cuestiones tras la Sentencia Sala IV TS 94/2025, del 4 de febrero de 2025 (Rec. 2725/2024). Nulidad del despido tras la declaración de ineptitud para el puesto de trabajo", Lefebvre, Elderecho.com, 7 abril (2025), (disponible en: https://elderecho.com/nulidad-del-despido-tras-la-declaracion-de-ineptitud-para-el-puesto-de-trabajo; consulta 09.10.2025).

[56] Lahera Forteza, J., "Incoherencias de la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente", Briefs, AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 60 (2025).

y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora, o cuando existiendo dicha posibilidad la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto. No obstante, aunque el procedimiento formal previsto para la incapacidad permanente no se aplique para el despido por ineptitud, no exime a la empresa de su deber de realizar los ajustes razonables o acreditar la imposibilidad de hacerlo, tal y como ha venido exigiéndose en vía judicial.

Por lo tanto, dentro de las posibles propuestas de reforma del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, cabría contemplar las siguientes consideraciones. En primer lugar, resulta necesaria una definición legal clara, precisa y explícita del concepto de ineptitud que recoja de forma exhaustiva los requisitos que ha venido delimitando la jurisprudencia, a los efectos de justificar los despidos objetivos por ineptitud sobrevenida y reforzar la protección de las personas trabajadoras a las que les sobreviene una discapacidad o inhabilidad para el desarrollo de las principales funciones para las que han sido contratadas.

Por otro lado, el informe[57] declarando "no apto" o "apto con limitaciones" realizado después de la vigilancia de la salud -como instrumento al servicio de la prevención de riesgos laborales y garantía de la vigilancia periódica del estado de salud de las personas trabajadoras en función de los riesgos inherentes al trabajo- no supone que opere de forma automática la extinción del contrato por ineptitud; este, tiene carácter meramente informativo de las conclusiones y, a su vez, tiene que respetar el derecho a la intimidad, a la protección de datos, y no puede ser usado con fines discriminatorios ni en perjuicio de los trabajadores (artículo 22 LPRL).

Además, este informe no puede ser suficiente para acreditar la ineptitud, sino que la empresa tiene que aportar otros medios de prueba idóneos (testificales o documentales) para justificar la causa que alega, correspondiendo al juez o tribunal la valoración de la existencia de la causa extintiva[58]. De igual forma, las conclusiones del informe del servicio de prevención tienen que especificar con detalle qué funciones concretas y específicas no puede realizar la persona trabajadora, cómo inciden dichas limitaciones en las funciones a desarrollar y en el estado de salud, y la necesidad de introducir o mejorar las medidas de prevención y protección necesarias para la reducción o eliminación del riesgo.

[57] Ayerra Duesca, N., "La enfermedad o condición de salud como nueva causa de discriminación prevista en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación" en AA.VV., Nuevos retos del derecho ante la protección y promoción de la salud (C. Fuertes Iglesias, Coord.), Investigaciones de la Cátedra J&J Derecho y Salud, Universidad de Zaragoza, Aranzadi, (2025), pp.329-331.

[58] Sánchez Trigueros, Carmen., "La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo", Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. I, Sección Presentación (1998), p.2.

A mayor abundamiento, la carga de la prueba corresponde a la empresa[59] que dentro de su deber de seguridad tiene que demostrar de forma clara y acreditar la ineptitud de la persona trabajadora, la imposibilidad de adaptar el puesto a las nuevas condiciones, y la inexistencia de otros puestos de trabajo vacantes, disponibles, exentos de riesgo, acordes con el perfil profesional y compatibles con el estado de salud, que impidan la reubicación[60], o bien, que dichas medidas resulten excesivamente onerosas.

En consecuencia, el despido objetivo por ineptitud sobrevenida ha de aplicarse con carácter subsidiario[61], como última ratio[62], previo agotamiento de otras medidas como la adaptación del puesto de trabajo desde una perspectiva amplia[63] o su reubicación en función de las posibilidades de la empresa. Con todo, hay que decir que la normativa preventiva no contempla el cambio de puesto de la persona trabajadora que ha sido declarada "no apta" o "apta con limitaciones" en el reconocimiento médico y, por consiguiente, no existe una obligación legal para la empresa de reubicación a un puesto compatible con el estado de salud, aunque puede ser impuesta si se recoge en convenio colectivo[64]. Sin embargo, los tribunales lo vienen exigiendo como una obligación empresarial derivada del principio de buena fe contractual que debe imperar y como manifestación del principio de adaptación. Lo contrario, daría lugar a la nulidad del despido por discriminatorio[65] (artículo 4.1 Ley 15/2022 y artículo 2 de la Convención de la ONU).

No obstante, puede suceder que los ajustes o adaptaciones realizadas supongan un cambio tanto en las condiciones laborales, como en las condiciones

[59] Alzaga Ruíz, I., "Reflexiones sobre el despido del trabajador por ineptitud conocida o sobrevenida", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, Sección Estudios (2016), p.37.

[60] Olmos Parés, I., "El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, Sección Estudios (2019), p.78.

[61] Areta Martínez, M., "El despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador que ha sido declarado "no apto" en el reconocimiento médico: un análisis desde el Derecho comparado español y francés", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9 (2020), p.12; Cordero Gordillo, V., "El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Lex Social*, núm. 13, vol.1, (2023), pp. 22,24.

[62] Monereo Pérez, J.L., "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", *Lex Social*, núm. 1, vol. 9 (2019), p. 720.

[63] Gómez Garrido. L.M., "El despido objetivo por ineptitud psicofísica sobrevenida y su peculiar paradigma probatorio", *Lefebvre, Elderecho.com*, *Noticias jurídicas y actualidad*, 28 julio (2023), (disponible en: https://elderecho.com/despido-objetivo-por-ineptitud-psicofisica-sobrevenida-y-peculiar-paradigma-probatorio; consulta 09.10.2025).

[64] Asquerino Lamparero, M.J., "El tratamiento judicial del despido objetivo por ineptitud sobrevenida", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, Sección Estudios, (2019), p. 6.

[65] Gómez Abelleira, F.J., "Ineptitud sobrevenida, obligación de ajustes razonables y enjuiciamiento del despido", *El Foro de Labos*, 25 junio (2024) (disponible en: https://

de empleo[66], o que la reubicación a otro puesto de trabajo se lleve a cabo a través de mecanismos de movilidad funcional, movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo[67]. En estos casos, surgen dudas cuando existiendo dicha posibilidad de cambio la persona trabajadora rechace el puesto de trabajo adecuadamente propuesto.

En relación con ello, los servicios de prevención de riesgos laborales junto con la representación especializada de las personas trabajadoras en PRL, deberán determinar las medidas de ajuste, identificar los puestos de trabajo compatibles y evaluar la posibilidad de cambio, a modo de la reforma introducida por la Ley 2/2025, de 29 de abril, y de conformidad con la LPRL, según la cual la empresa tiene que realizar una actividad preventiva que posibilite el desarrollo del trabajo dentro unos parámetros de seguridad.

Concretamente, el artículo 15.1.d) y 25 LPRL, contemplan como uno de los principios fundamentales de la acción preventiva la adaptación del puesto de trabajo "*en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud*" y, además, como manifestación de este principio de adaptación dispone que los empleadores garantizarán de manera específica la protección de aquellas personas trabajadoras consideradas especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, por tener ciertas limitaciones que les condicionan[68] para el desempeño del mismo.

En estos casos la empresa deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de riesgos y, en función de éstas, adoptar las medidas necesarias para que las personas trabajadoras no sean empleadas en aquellos puestos de trabajo en los que puedan ponerse en peligro ellas mismas o a terceras personas. En el mismo sentido, el artículo 243.3 LGSS regula que "*las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos*". Esto, no significa que las personas trabajadoras tengan que ser despedidas, sino que la empresa debe hacer un esfuerzo de adaptación.

www.elforodelabos.es/2024/06/ineptitud-sobrevenida-obligacion-de-ajustes-razonables-y-enjuiciamiento-del-despido/; consulta 08.10.2025).

[66] De la Puebla Pinilla, A., "Incapacidad, ineptitud y extinción del contrato de trabajo. Crónica de una reforma anunciada", *op.cit.,* p. 18.

[67] Toscani Giménez, D., "Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, Sección Estudios (2009), p.3.

[68] Poquet Catalá, R., "Adaptación del puesto de trabajo de las personas trabajadoras especialmente sensibles", *op.cit.*, p.54.

Por otra parte, el artículo 37.3.b.2) RSP dispone la obligatoriedad de hacer una evaluación de riesgos de la salud de aquellas personas trabajadoras que reanuden el trabajo después de una ausencia prolongada por motivos de salud, que podría hacerse extensiva a la hora de llevar a cabo las medidas de ajuste necesarias que faciliten el retorno al trabajo después de una situación prolongada de IT.

En definitiva, nuestro sistema legal debería articular una regulación minuciosa y detallada[69], a modo de la contemplada en el artículo 26 LPRL, en el que expresamente se establecen una serie de medidas jerarquizadas para los supuestos de riesgo durante el embarazo o la lactancia, con la finalidad de evitar la exposición a dichos riesgos, como son la adaptación (condiciones, tiempo, no realización de trabajo nocturno o a turnos), el cambio de puesto o funciones diferentes y compatible con el estado de la persona, y si lo anterior no es técnica y objetivamente posible o no se puede realizar por motivos justificados, la tercera medida contemplada es la suspensión de contrato.

Por último, sería deseable modificar el artículo 55 ET para calificar como nulo por discriminatorio el despido realizado sin haber intentado previamente adoptar las medidas de ajuste, ya que la denegación de estas medidas por la empresa constituye una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, que acarrea la nulidad de la decisión extintiva. En conclusión, resulta preciso actualmente un sistema de garantías reforzadas[70] para los supuestos de despido objetivo por ineptitud sobrevenida, que posibiliten y garanticen el mantenimiento del empleo como primera opción.

5. CONCLUSIONES

El despido objetivo por ineptitud sobrevenida regulado en el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores (ET), es una causa de extinción del contrato de trabajo que se produce cuando las personas trabajadoras pierden las capacidades necesarias para desempeñar sus funciones o sufren una limitación en su capacidad laboral, a menudo por motivos de salud, enfermedad, discapacidad, falta de condiciones físicas o psíquicas, incluso, por la ausencia de algún condición legal o habilitante para el ejercicios de la actividad, después de haber sido contratadas. El problema central es que la ley no define qué se entiende por ineptitud generando una notable incertidumbre jurídica.

[69] Miró Morros, Daniel., "Extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida. Alcance en relación a situaciones de limitaciones físicas o funcionales del trabajador", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 928, (2017), p.2.

[70] Monereo Pérez, J.L., "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", *op.cit.*, p. 736.

Ante esta falta de definición legal ha sido la jurisprudencia española -influida por el marco legal y jurisprudencial europeo entorno a los derechos de las personas con discapacidad- la que, a lo largo de décadas, ha analizado, delimitado, definido el concepto de ineptitud y establecido los requisitos necesarios a los efectos de justificar los despidos objetivos por ineptitud sobrevenida y, por consiguiente, ha reforzado la protección frente al despido de las personas trabajadoras a las que les sobreviene una discapacidad o inhabilidad para el desarrollo de las principales funciones para las que han sido contratadas, independientemente de la denegación de cualquier grado de incapacidad permanente.

Entre los avances más significativos, tras los recientes cambios normativos y la interpretación jurisprudencial, destaca la introducción del concepto de ajustes razonables, entendidos como la obligación empresarial de adoptar medidas necesarias y adecuadas con la finalidad de eliminar las barreras que impiden a las personas con discapacidad participar plenamente en la vida profesional, siempre y cuando estas medidas no supongan una carga excesiva para la empresa, de tal manera que la denegación de estos ajustes se considera, en sí misma, una forma de discriminación.

En relación con ello, se ha aprobado en nuestro país la Ley 2/2025, de 29 de abril, impulsada por la sentencia del TJUE, de 18 de enero de 2024, (caso Ca Na Negreta), que ha reformado la regulación de la incapacidad permanente, prohibiendo el despido automático y exigiendo a las empresas adoptar previamente los ajustes razonables -tales como la adaptación del puesto de trabajo o reubicación de la persona trabajadora a otro puesto compatible-, antes de poder extinguir la relación laboral siempre que no constituyan una carga excesiva.

Sin embargo, esta protección no se ha extendido al despido objetivo por ineptitud sobrevenida, dejando un vacío legal y una oportunidad perdida para proteger a un colectivo vulnerable, además de crear una situación de inseguridad jurídica e incoherencia, pues mientras existe una protección reforzada para las personas que acceden a una situación de incapacidad permanente, se deja en un limbo jurídico y carente de protección legal a aquellas personas trabajadoras que sin llegar a ningún grado de incapacidad sufren una inhabilidad o pérdida de aptitud que les pone en riesgo de despido. Es decir, la reforma introducida fue una reforma incompleta, desaprovechando la posibilidad de unificar la protección y dar coherencia al ordenamiento jurídico.

Así pues, la regulación actual presenta lagunas que han venido siendo suplidas por la jurisprudencia, y que ponen de manifiesto la necesidad de articular una reforma legislativa del artículo 52.a) ET, con el propósito de contemplar una definición legal clara del concepto de ineptitud, e incluir de forma explícita la obligación empresarial de intentar la adaptación del puesto o la reubicación de la persona trabajadora como medidas prioritarias y jerarquizadas, con el objetivo de proteger y mantener el empleo, consolidando el despido con carácter subsidiario.

Es decir, la empresa, a quien corresponde la carga de la prueba, debe justificar la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo a las condiciones actuales de la persona trabajadora, y la inexistencia de otros puestos compatibles y sin riesgo, o acreditar que tales medidas constituyen una carga excesiva, sin que la declaración de "no apto" o "apto con limitaciones" por los servicios de prevención sea prueba suficiente para justificar la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida.

En definitiva, el objetivo de la reforma propuesta sería, por un lado, reforzar el deber empresarial de adaptación o reubicación y, por otro lado, proteger a las personas trabajadoras ante situaciones de riesgo para la salud o de pérdida de capacidad, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico prima el derecho al trabajo y el mantenimiento del empleo dentro de unos parámetros de seguridad y salud, considerando el despido en última instancia.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alzaga Ruíz, I., "Reflexiones sobre el despido del trabajador por ineptitud conocida o sobrevenida", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 187, Sección Estudios (2016), pp. 31-37.

Ayerra Duesca, N., "La enfermedad o condición de salud como nueva causa de discriminación prevista en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación" en AA.VV., *Nuevos retos del derecho ante la protección y promoción de la salud* (C. Fuertes Iglesias, Coord.), Investigaciones de la Cátedra J&J Derecho y Salud, Universidad de Zaragoza, Aranzadi, (2025), pp. 303-333.

Areta Martínez, M., "El despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador que ha sido declarado "no apto" en el reconocimiento médico: un análisis desde el Derecho comparado español y francés", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9 (2020), pp. 1-21.

Asquerino Lamparero, M.J., "El tratamiento judicial del despido objetivo por ineptitud sobrevenida", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, Sección Estudios, (2019), pp. 1-23. (BIB\2019\1438).

Beltran de Heredia Ruiz, I., "Una mirada crítica a las relaciones laborales", *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* 17 marzo (2018), (disponible en: https://ignasibeltran.com/2018/03/17/despido-objetivo-injustificado-por-ineptitud-sobrevenida-no-discriminacion-si-se-adoptan-medidas-de-readaptacion/;consulta 09.10.2025).

Cordero Gordillo, V., "El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Lex Social*, núm. 13, vol.1, (2023), pp.1-27.

De la Puebla Pinilla, A., "Incapacidad, ineptitud y extinción del contrato de trabajo. Crónica de una reforma anunciada", *Labos*, núm. 3, vol. 5 (2024), pp. 4-21.

Gómez Abelleira, F.J., "Ineptitud sobrevenida, obligación de ajustes razonables y enjuiciamiento del despido", *El Foro de Labos,* 25 junio (2024), (disponible en: https://www.elforodelabos.es/2024/06/ineptitud-sobrevenida-obligacion-de-ajustes-razonables-y-enjuiciamiento-del-despido/; consulta 08.10.2025).

Gómez Garrido. L.M., "El despido objetivo por ineptitud psicofísica sobrevenida y su peculiar paradigma probatorio", *Lefebvre, ELDERECHO.COM*, *Noticias jurídicas y actualidad*, 28 julio (2023), (disponible en: https://elderecho.com/despido-objetivo-por-ineptitud-psicofisica-sobrevenida-y-peculiar-paradigma-probatorio; consulta 09.10.2025).

Iturri Gárate, J.C., "Despido por ineptitud sobrevenida. Discapacidad. Medidas de ajuste razonables. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (recurso 160/2016), "*Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 189 (2018), pp. 41-54.

Lahera Forteza, J., "Incoherencias de la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente", *Briefs*, *AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 60 (2025).

Mella Méndez, L., "Discapacidad, enfermedad e incapacidad y su relación con la extinción del contrato de trabajo: puntos críticos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 279, (2024), pp. 1-28.

Miró Morros, Daniel., "Extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida. Alcance en relación a situaciones de limitaciones físicas o funcionales del trabajador", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm 928, (2017), pp-1-2. (BIB\2017\1884).

Monereo Pérez, J.L., "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", *Lex Social*, núm. 1, vol. 9 (2019), pp. 681-746.

Olmos Parés, I., "El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, Sección Estudios (2019), pp.75-98.

Poquet Catalá, R., "Adaptación del puesto de trabajo de las personas trabajadoras especialmente sensibles", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 276 (2024), pp. 51-82.

Rodríguez Cardo, I.A., "La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y sus potenciales efectos colaterales en los derechos de seguridad social", *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 2, vol. 3 (2024), pp. 9-33.

Rodríguez Gutiérrez, R., "Principales cuestiones tras la Sentencia Sala IV TS 94/2025, del 4 de febrero de 2025 (Rec. 2725/2024). Nulidad del despido tras la declaración de ineptitud para el puesto de trabajo", *Lefebvre, Elderecho.com*, 7 abril (2025), (disponible en: https://elderecho.com/nulidad-del-despido-tras-la-declaracion-de-ineptitud-para-el-puesto-de-trabajo; consulta 09.10.2025).

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN., "La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. I, Sección Presentación (1998), pp.1-3. (BIB\1998\1325).

TOSCANI GIMÉNEZ, D., "Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, Sección Estudios (2009), pp. 1-17. (BIB\2009\489).

ACERCA DE LAS CONTROVERTIDAS RELACIONES LABORALES EN LAS CLÍNICAS DENTALES

ABOUT CONTROVERSIAL LABOR RELATIONS IN DENTAL CLINICS

Ángel Guillén Pajuelo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València
ORCID: 0000-0003-0226-1661

RESUMEN **Palabras clave:** dentista, laboral, autónomo, dependencia

La relación laboral de los dentistas puede encuadrarse en distintas modalidades dependiendo del contexto en que desarrollen su actividad. En el ámbito privado, muchos dentistas ejercen como trabajadores autónomos o bajo regímenes mercantiles, aunque también existen casos en los que se integran como asalariados en clínicas odontológicas.
Debido a esta heterogeneidad de vínculos laborales de los profesionales de la odontología, la determinación de la existencia de una verdadera relación laboral se basa en elementos como la ajenidad, la dependencia y la retribución. En ocasiones, la figura del falso autónomo genera controversias jurídicas, especialmente cuando concurren indicios de subordinación efectiva. La jurisprudencia ha abordado con frecuencia esta problemática, clarificando los criterios que permiten distinguir entre un vínculo laboral y una prestación de servicios autónoma en el sector odontológico.

ABSTRACT ***Keywords:*** *dentist, labor, autonomous, dependence*

The employment relationship of dentists can be classified into different categories depending on the context in which they carry out their activity. In the private sector, many dentists work as self-employed workers or under commercial regimes, although there are also cases in which they are employed as employees in dental clinics.
Due to this heterogeneity of employment relationships among dental professionals, determining the existence of a true employment relationship is based on factors such as non-employment, dependency, and remuneration. Occasionally, the concept of false self-employment generates legal controversies, especially when there are indications of actual subordination. Case law has frequently addressed this issue, clarifying the criteria that distinguish between an employment relationship and independent service provision in the dental sector.

 Recepción original: 02.12.2025. Aceptación: 19.01.2026

ÍNDICE

1. Introducción: una sucinta aproximación al contexto de la problemática
2. La relación laboral por cuenta ajena *versus* el trabajo autónomo
3. Presupuestos de laboralidad (o no) del colectivo de dentistas
4. Análisis de la evolución de la doctrina judicial en la materia: ¿cambio de criterio a raíz de la vigencia de la ley del estatuto del trabajador autónomo?
5. Valoración final y propuestas de *lege ferenda* para regular el sector

1. INTRODUCCIÓN: UNA SUCINTA APROXIMACIÓN AL CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA

El mercado de trabajo es un ámbito de la sociedad en constante evolución[1] en el cual van surgiendo nuevos empleos, formas de trabajo, técnicas y avances tecnológicos[2] que hacen necesaria la adaptación del ordenamiento jurídico-laboral a dichas novedades[3]. Del mismo modo, las nuevas formas de gestión empresarial y de los propios recursos humanos con los que cuentan las compañías también buscan mejorar la eficiencia y maximizar sus beneficios y, en algunos casos, reducir las obligaciones para con la Seguridad Social en detrimento de los derechos de los trabajadores[4]. Este tipo de gestión puede darse con la connivencia y el acuerdo, en cierta medida, de los propios trabajadores debido a que sus ingresos son más elevados convergiendo, por tanto, los intereses tanto del empresario como del trabajador.

Al hilo de la querencia por una menor implicación en términos laborales surge, como máximo estandarte de esta estrategia, la figura del falso autónomo

[1] Fernández Marín, A. M.; Riquelme Perea, Prudencio J. y López Martínez, M., "El enfoque de los mercados de trabajo segmentados: origen y evolución", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 38, nº1/2020, p. 175.

[2] Interesante la reflexión de Malo Ocaña acerca de las nuevas formas de empleo que, con posterioridad, saldrá a colación en este artículo en relación con el análisis de la "frontera" entre el trabajo por cuenta ajena y autónomo de los profesionales odontólogos: *"También se asocian a las nuevas formas de empleo, las relaciones laborales que parecen situarse entre la relación laboral asalariada (el trabajo por cuenta ajena) y el trabajo autónomo (el trabajo para cuenta propia). Formalmente, se trata de trabajadores autónomos, pero que trabajan en exclusiva (o casi) para una sola empresa cliente y tienen una fuerte relación de dependencia respecto de ella, de forma que apenas tienen control sobre aspectos clave de su trabajo"* en Malo Ocaña, M.Á., "Nuevas formas de empleo: del empleo atípico a las plataformas digitales", *Papeles de Economía Española*, nº156/2018, p. 147.

[3] Goerlich Pesset, J.M., "Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo", *Gaceta sindical: reflexión y debate*, nº27/2016, p. 187.

[4] Todas las referencias a trabajadores como masculino genérico a lo largo de este estudio (forma masculina no marcada) es comprensivo de una referencia aplicable tanto a trabajadores como a trabajadoras.

como una nueva *subclase*[5] en tanto que relación que pretende establecer una ventaja competitiva[6] burlando alguna de las notas de laboralidad que caracteriza la relación laboral por cuenta ajena. Se da la circunstancia de que en la amplitud y heterogeneidad del conjunto del mercado de trabajo[7] existen profesiones más proclives[8] a los falsos autónomos como son, por ejemplo, los profesionales liberales o sanitarios que desarrollan su prestación con un cierto grado de autonomía técnica habida cuenta, también, de su formación y sus conocimientos.

En particular, una de esas profesiones en donde se pueden suceder los casos de falso autónomo es el de las personas dentistas. En un contexto como el actual donde la salud bucodental ha cobrado una vital importancia[9] en el conjunto de la población, el aumento tanto de clínicas y servicios dentales como de profesionales odontólogos[10] han ido de la mano en los últimos años. En la actualidad, según el Informe técnico del Consejo de Dentistas de España anteriormente citado, existen en España alrededor de 43.000 personas dentistas colegiadas que están ejerciendo su labor tanto en el sector privado como, en mucha menos proporción, eso sí, en el servicio público. El dinamismo tanto a nivel económico como laboral del sector de las clínicas dentales ha tenido como consecuencia una diversa y variada forma de gestión de las mismas incluido una parte muy importante de su personal, es decir, los propios odontólogos.

[5] Álvarez Cuesta, H., "La Lucha contra los "falsos autónomos" en la prestación de servicios vía app. El caso "Deliveroo"", *Iuslabor*, nº2/2018.

[6] Sanz de Miguel, P., "Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 37, nº1/2019, p. 68.

[7] Bandera Gallego, J.C., "¿Abogados contratados o falsos autónomos? Estado de la cuestión y actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, nº/2021, p. 74.

[8] El mayor o, al menos, unos de los mayores exponentes del falso autónomo en los últimos años han sido los repartidores de plataformas digitales de comida a domicilio denominados como *'riders'* y que han sido objeto de inspiración para el legislador a la hora de acometer cambios legales verdaderamente sustanciales. Véase, en este sentido, 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. BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-15767

[9] Así lo indican los resultados del Observatorio de la Salud Oral puesto en marcha por el Consejo de Dentistas y la Fundación Dental Española. Disponible en https://consejodentistas.es/el-observatorio-de-la-salud-oral-espanol-publica-los-resultados-de-su-estudio-sobre-la-practica-profesional-odontologica/

[10] Según los datos que refleja el Consejo General de Dentistas, mediante el informe técnico sobre la demografía de los dentistas en España donde se analiza la densidad de profesionales por población. Disponible https://consejodentistas.es/el-consejo-general-elabora-un-informe-tecnico-sobre-la-demografia-de-los-dentistas-en-espana/

Este auge de la profesión de dentista también se ha visto reflejado en la demanda de estudios universitarios en las facultades de odontología[11] del territorio. El interés por parte de personas jóvenes que forma parte del alumnado de la enseñanza superior en obtener la titulación que les permita ejercer como dentistas es directamente proporcional al aumento de las colegiaciones y de la oferta de dichos estudios en las universidades, especialmente de carácter privado. Tanto la mayor oferta como demanda de servicios dentales, a nivel de salud y estético, facilitan de algún modo esas diversas formas de gestión de los recursos humanos en el sector.

Tal y como se hacía referencia al mercado laboral en su conjunto con anterioridad, la odontología también reviste una cierta heterogeneidad en cuanto a sus empleadores: clínicas dentales particulares, grupo de clínicas dentales (grupo de empresas), franquicias y profesionales por cuenta propia. Existe una multitud de casuísticas distintas que obedecen a intereses tanto empresariales como particulares que pretenden adaptar el vínculo laboral entre empleador y empleado como mejor se ajuste a sus necesidades.

Las situaciones particulares que se pueden dar en cualquier clínica dental son, sin duda, de mucho interés para su estudio en tanto la delimitación del propio vínculo laboral es clave para una gestión adecuada de los empleados. Puede, en una sola clínica, únicamente, haber odontólogos contratados por cuenta ajena con carácter ordinario, atendiendo a las condiciones establecidas en el convenio colectivo de aplicación; puede, también, en una misma clínica darse la convivencia entre dentistas con un contrato de trabajo por cuenta ajena y otros vinculados a la misma mediante el régimen de trabajador autónomo; y, por último, el empleador puede optar por no tener ningún odontólogo en plantilla y recurrir a los servicios de dentistas autónomos según la demanda y las necesidades de la clientela.

La controversia acerca de las relaciones laborales en las clínicas dentales podría decirse que entra dentro de lo lógico pues es un ámbito laboral donde coexisten múltiples fórmulas de contratación. Así, el régimen jurídico-laboral de los odontólogos ya ha sido objeto de debate jurídico, es cierto, aunque en mayor medida en términos de doctrina judicial y no tanto de doctrina científica. Los pronunciamientos de juzgados y tribunales han sido también diversos, atendiendo a las circunstancias singulares de cada uno de los casos analizados judicialmente. En cualquier caso, sí que arrojan una serie de directrices de suma importancia para la gestión laboral en el sector y, de nuevo, refuerzan la argumentación jurídica en torno a la figura del falso autónomo, siempre controvertida.

[11] Según datos del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, para el curso académico 2024/25, las universidades españolas ofertaron un total de 2.742 plazas para el Grado de Odontología, un 2,2% más que el curso anterior. Disponible en https://consejodentistas.es/la-pletora-profesional-en-odontologia-sigue-generando-precariedad-laboral-y-emigracion/

Lo que se plantea en este trabajo es un estudio integral de la evolución del contexto legal y laboral de la profesión de los dentistas, así como un análisis del adecuado encaje de la relación laboral de los mismos con sus empleadores. Para todo ello es pertinente examinar todas y cada una de las características propias de su prestación de servicios al mismo tiempo que las posibilidades existentes para su contratación: o bien como trabajadores por cuenta ajena o bien como trabajadores por cuenta propia. Además, con la finalidad de enriquecer el propio estudio, se lleva a cabo un repaso de las principales resoluciones judiciales en la materia.

2. LA RELACIÓN LABORAL POR CUENTA AJENA *VERSUS* EL TRABAJO AUTÓNOMO

Es evidente que, una vez configurado el contexto de la problemática, la misma radica, principalmente, en la determinación de en qué casuística concreta se da una relación laboral por cuenta ajena vehiculada a través del contrato de trabajo o, por el contrario, las características de la prestación de servicios de los dentistas en clínicas dentales se pueden sustanciar a través de una relación mercantil en tanto que trabajadores autónomos.

Con tal finalidad, resulta pertinente establecer una clara diferenciación a través de sus propias características y regulación de ambas modalidades de trabajo. No en vano, las fronteras entre la laboralidad[12] y la prestación por cuenta propia, con sus múltiples acepciones, aunque con un encuadramiento jurídico único[13] se han ido difuminando, lo que comporta una dificultad extra para deslindar las relaciones contractuales laborales y no laborales[14]. Resulta imprescindible el estudio de cada caso de forma independiente y aislada para determinar qué características se adecúan más a cada uno de ellos: trabajo por cuenta ajena o trabajo autónomo.

La protección del trabajador, sujeto que la doctrina *iuslaboralista* sitúa como el eslabón más débil de la relación laboral, es la principal razón de ser de las normas laborales. A través de la intervención estatal plasmando esa tutela del trabajador en las leyes de carácter laboral se limitan las condiciones que puede arbitrar un contrato de trabajo: tiempo de trabajo, descanso, salario, funciones, derecho de asociación, extinción o vacaciones, que suponen un escudo irrenunciable para el colectivo de trabajadores. Dentro de esos límites establecidos por el regulador puede darse,

[12] Martín Valverde, A., "Fronteras y "zonas grises" del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº38/2002, p. 23.

[13] Montoya Melgar, A., "Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo*», Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* nº81/2005, p. 37.

[14] Navarro Nieto, F., "El trabajo autónomo en las 'zonas grises' del Derecho del Trabajo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, nº4/2017, p. 65.

efectivamente, el juego de la autonomía de las partes en pactar unas condiciones de trabajo. Pero para ello primero deben concurrir una serie de circunstancias que permitan calificar ese trabajo como por cuenta ajena.

El ordenamiento jurídico-laboral ha configurado la relación laboral por cuenta ajena alrededor de cuatro notas: voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad, siendo las dos últimas las que más controversias generan a la hora de su análisis y determinación. Así, el Estatuto de los Trabajadores[15] (ET) determina en su artículo primero que su ámbito de aplicación comprenderá *"a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario."*

Como nota preliminar la relación laboral deberá tener, necesariamente, el carácter personalísimo, es decir, que se lleve a cabo personalmente[16] por parte del trabajador contratado. No obstante, la sustitución ocasional del trabajador por algún motivo justificado, ausencias o eventuales incapacidades no desvirtúa la forma personal del trabajo[17].

El vínculo laboral entre el empresario y la persona trabajadora deberá ser fruto del libre acuerdo entre las partes y llevarse a cabo de forma voluntaria, sin que pueda mediar en este acuerdo ningún tipo de coacción o presión. La voluntariedad recae, precisamente, en que el consentimiento se lleva a cabo libremente, diferenciándose así de las prestaciones personales obligatorias[18] en las cuales la nota de la voluntariedad es inexistente. Para que un contrato de trabajo sea válido debe constituirse a través de la concurrencia de la voluntad de ambas partes, si bien, ahondando en el eslabón más débil del empleo, el trabajador, la necesidad personal, económica o de cualquier índole de la persona para poner a disposición su trabajo no desdibuja la existencia de la nota de voluntariedad.

De manera imprescindible deben concurrir las características de libertad y voluntariedad en un contrato laboral debido a que dicha contratación tiene un carácter bilateral. Sin embargo, cuando media en una prestación una cláusula legal que obliga a llevar a cabo tal servicio, pasa a ser otra figura que recoge la ley, pero, eso sí, totalmente ajena a la contratación dentro del ordenamiento jurídico laboral.

[15] 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. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015. Disponible en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con

[16] Entre otras: Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2001 (Rec. 1860/2000).

[17] Así lo indica, por todas, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000 (Rec. 582/1999).

[18] Artículo 1.3.b del Estatuto de los Trabajadores.

Una vez se certifica la voluntariedad de la relación laboral, la segunda cuestión de notable importancia que se ha de dilucidar es la remuneración[19] a cambio de la prestación de servicios por parte del trabajador. Del mismo modo, el empleador debe obtener un beneficio, aunque este no sea propiamente lucrativo, pues existen entidades o asociaciones sin ánimo de lucro que se benefician del trabajo de sus empleados. En cualquier caso, aunque el empleador no persiga fines de lucro, la retribución de los trabajadores nada tiene que ver con el riesgo empresarial.

Cuando no concurre la nota de la retribución, se observa un trabajo amistoso, familiar, benévolo o de buena vecindad no considerado por el Estatuto de los Trabajadores como una relación laboral. La legislación laboral, en este caso, reconoce que puede haber alguna prestación de servicios, por supuesto, de forma ocasional[20] y que dichos servicios no comporten una contraprestación económica para quien lo realiza; más bien se haga como acto de amistad o buena voluntad a riesgo y cuenta propia. Una de las cuestiones delicadas en los trabajos amistosos son los posibles riesgos derivados de accidentes mientras se está realizando el trabajo o el servicio, pues al no estar este protegido por un contrato de trabajo es la propia persona que decide, eso sí, *motu proprio* realizar el trabajo amistoso el que deberá asumir las consecuencias derivadas de un posible accidente.

En cuanto a la dependencia y ajenidad, el trabajo dependiente implica el sometimiento a las órdenes del empresario, como una manifestación del poder de dirección de este último, regulado en el artículo 20 del ET, y que le faculta para emitir instrucciones sobre la prestación del trabajo. Así, la dependencia es la inserción en el círculo rector y disciplinario[21] empresarial[22] por parte del trabajador. Tanto de lo establecido legal como doctrinalmente se deducen varias características que, todas ellas en su conjunto, forman y construyen el concepto de dependencia en las relaciones de trabajo. En un primer momento se configura la dependencia como el sometimiento del trabajador al poder de dirección del empresario, pero, a su vez, también el poder disciplinario o la facultad de ordenación del trabajo

[19] En este sentido, la cantidad percibida debe consistir en una verdadera retribución (salario) y no en una mera compensación de gastos ocasional. Así lo ha establecido el criterio jurisprudencial, entre otras: STSJ de Extremadura de 13 de marzo de 2000 (AS 2000/1697) y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984 (RJ 1984/3963).

[20] Arrieta Idiákez, F.J., "El trabajo ocasional como forma atípica de trabajo. Contextualización, tratamiento en España y propuesta de mejora", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, nº3/2022, p. 168.

[21] Término utilizado en la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Por ejemplo: SSTS de 23 de octubre de 2003 (Rec. 677/2003), de 17 de noviembre de 2004 (Rec. 6006/2003) y de 6 de octubre de 2005 (Rec. 2224/2004).

[22] Montoya Melgar, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 72.

del empresario[23] manifestando tanto en el poder de vigilancia como en las modificaciones sustanciales de trabajo debidas a cambios en el seno de la empresa de carácter tecnológico, organizativo o productivo, entre otras.

La general atribución al sometimiento del trabajador al ámbito de dirección y organización del empleador ya sea persona física, jurídica o entidad sin personalidad jurídica, no se puede sostener únicamente mediante el poder de dirección empresarial, sino que es pertinente unir de manera indisoluble tanto el poder disciplinario como las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. Todas estas características sí que permiten demostrar la dependencia ya que, si bien existe la figura del *ius resistentae*, el trabajador tiene el deber de obediencia a las órdenes dictadas por parte del empresario (o persona en quien delegue este) sobre la forma en la cual desarrollar un trabajo individual o juntamente con otras personas trabajadoras.

El trabajo por cuenta ajena puede definirse como aquella prestación de servicio donde se le atribuye a un tercero, o empresario, los beneficios y los frutos de ese trabajo, en tanto que la ordenación y la propiedad de los medios de producción o servicios son propiedad de este. Así es como la ajenidad[24] en tanto que criterio definitorio[25] del contrato de trabajo, se compone tanto de la ajenidad en los frutos, es decir, la transmisión a un tercero de los resultados del trabajo prestado[26] como también de la ajenidad en los riesgos[27] y que la unión de ambos conceptos constituye de forma total y en su conjunto el elemento esencial del trabajo por cuenta ajena.

La ajenidad en los riesgos explica el hecho de realizar la prestación de servicio sin responsabilizarse de los riesgos del trabajo, siendo asumidos estos por el empresario en tanto que titular del patrimonio y de los medios económicos y productivos. Del mismo modo, el propio empleador se dice que asumiría el riesgo en su posición de administrador de la empresa, en caso de que sea un empresario con personalidad jurídica que revista forma de sociedad, o bien persona física o

[23] Todas estas características son notas o indicios de la existencia de la dependencia, debiendo prevalecer la presunción *iuris tantum* de su presencia. Así lo establece la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en distintas resoluciones como las SSTS de 10 de julio de 2000 (Rec. 4121/1999) relativa a un supuesto de perito tasador; la de 15 de octubre de 2001 (Rec. 2283/2000) sobre un agente de seguros; o bien la que más se ajusta al supuesto objeto de estudio, la sentencia de 7 de octubre de 2009 (Rec. 4169/2008) respecto de odontólogos de clínicas privadas.

[24] La reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fija la ajenidad como un concepto omnicomprensivo. Véase, al respecto, SSTS de 31 de marzo de 1997 (Rec. 3555/1996), de 19 de diciembre de 2005 (Rec. 5381/2004) o de 20 de enero de 2015 (Rec. 587/2014).

[25] Alarcón Caracuel, M. R., "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº28/1986, p. 495.

[26] Sánchez – Rodas Navarro, C., "El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº37/2002, p. 41.

[27] Bayón Chacón, G., *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1972, p. 15.

entidad sin personalidad jurídica, ya que respondieran con los bienes de la sociedad o con los suyos propios, presentes y futuros, en caso de quiebra o extinción de la sociedad. Este es un riesgo que, evidentemente, no asumiría el trabajador. Aunque también pueda verse afectado (y perder su trabajo), no se puede calificar al trabajador como responsable de la administración patrimonial o económica de la empresa, aun teniendo funciones de gerencia o dirección, siempre y cuando no ostente, a la misma vez, la propiedad de la empresa.

En otro orden de cosas y de forma opuesta a la ajenidad en los riesgos, se manifiesta la ajenidad en los frutos, esto es, el beneficio económico obtenido mediante la actividad empresarial que será propiedad también del empresario. Como ocurre en la ajenidad en los riesgos, el trabajador como sujeto que forma parte de la empresa, también se beneficia de los frutos de la empresa puesto que las relaciones laborales nacen con el objetivo de perdurar y si la empresa genera negocio y beneficio se presupone que las personas empleadas tendrán una situación más favorable y podrán recibir un salario más elevado.

En definitiva, las notas de laboralidad suponen una guía irrenunciable para la determinación del carácter laboral de un vínculo, sin perjuicio de que dichas características no siempre guardan una interpretación inequívoca, sino que cuentan con algunos claroscuros. Las principales controversias[28] que dan lugar a dudas, con todo y prevaleciendo la presunción de laboralidad ante las ingeniosas estrategias para eludirla[29], son la concreción de los conceptos como ajenidad y dependencia, las nuevas realidades sociales y tecnológicas y la delimitación de fronteras[30] entre otro tipo de contratos que pueden asemejarse al contrato de trabajo.

Por otro lado, encontramos otras personas que realizan su trabajo o su prestación de servicios por cuenta propia, es decir, de forma autónoma[31] y que también entra a regular el Derecho del Trabajo[32]. En nuestro país, el colectivo de trabajadores autónomos está muy arraigado en la sociedad y en el tejido productivo suponiendo una buena parte del total de trabajadores. La Ley 20/2007, de 11 de

[28] Como ejemplo, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 (Rec. 3205/2012).

[29] Moreno Gené, J., "Presunción legal de laboralidad del trabajo en plataformas digitales de reparto. ¿Y ahora qué?", *Revista de estudios jurídico laborales y de Seguridad Social*, nº4/2022, p. 164.

[30] Martín Valverde, A. (1999), "Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el Derecho comunitario europeo", en AA. VV., *Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo en la Delimitación de Fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, (J. Cruz Villalón, Coord.), Tecnos, Madrid, 1999, p. 93.

[31] Esto es, sin que concurran las notas de dependencia y ajenidad. Sirva de referencia, las resoluciones de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997 (Rec. 3555/1996) y de 3 de mayo de 2011 (Rec. 2228/2010).

[32] Rodríguez Piñero Bravo – Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E., "El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo", *Revista de Relaciones Laborales*, nº.7-8/2000, p.3.

julio, del Estatuto del trabajo autónomo[33] (LETA) define a estos como *"las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena."*

De la definición que da la LETA en su artículo primero relativo a los supuestos incluidos en su ámbito de aplicación se desprende que el carácter personalísimo de la prestación junto con la retribución, tal y como señala la misma cuando se refiere a título lucrativo, coinciden con las notas de voluntariedad y dependencia de la relación laboral por cuenta ajena. Ahora bien, las claras diferencias estriban en la dependencia y ajenidad del trabajo autónomo[34] respecto al contrato de trabajo auspiciado por el ET.

En este sentido, los trabajadores autónomos llevan a cabo su prestación de servicios sin estar dentro del círculo rector de un empleador, es decir, no reciben órdenes ni instrucciones sobre el modo en el que desempeñar su labor. Tampoco están sujetos a un horario, a un régimen disciplinario o a cualesquiera otras directrices que pudiera tener la empresa para con sus empleados. Todas estas características permiten estipular que los autónomos no están sometidos a la dirección y organización de la empresa. Más bien, realizan un servicio determinado y perciben una cantidad económica a cambio de ello mediante la emisión de una factura. No media, pues, entre la prestación de servicios y el cliente un contrato de trabajo, ya que los trabajadores autónomos acostumbran a tener varios clientes (salvo algunas excepciones que posteriormente se analizarán) a lo largo de su actividad laboral.

Se observa, por tanto, que los trabajadores autónomos no tienen *jefe* y no reciben órdenes de superiores jerárquicos, pues no los tienen ni dependen de los mismos. La otra nota particular del trabajo autónomo es la asunción del riesgo y ventura del negocio o lo que, en otros términos, podría deducirse como la falta de ajenidad. Esto se explica porque los beneficios de sus servicios los obtiene directamente el autónomo, a diferencia del trabajador por cuenta ajena que el lucro lo cosecha el empresario y luego transfiere un salario mensual al empleado. Por el contrario, si se dan impagos, si disminuye el beneficio o un cliente del mercado decide contratar con otro autónomo u otra empresa, es directamente responsabilidad del propio autónomo. Las relaciones con el mercado, la búsqueda de clientes y las distintas acciones vinculadas al desarrollo del negocio son una tarea que asume la persona autónoma.

[33] BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007. Disponible en https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/11/20/con

[34] Landaburu Carracedo, M. J., "Presente y futuro de los trabajadores autónomos a partir del contenido de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo", *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, nº96/2008, p. 52.

De la ajenidad, lo que más interés reviste en la figura de los trabajadores autónomos es la distinción que se establece, al igual que se hace en el trabajo por cuenta ajena, entre la ajenidad en los riesgos y la ajenidad en los frutos. En ambas definiciones encaja perfectamente la situación singular en la que se encuentran los trabajadores autónomos. A mayor abundamiento, la figura del trabajador autónomo no es incompatible con tener una relación por cuenta ajena con otro empleador. Esto es, una persona puede ser empleado de una empresa y ejercer por cuenta propia, como autónomo, para otros clientes. Evidentemente, no deberá comportar ningún tipo de incompatibilidad o competencia desleal con su empleador y deberá estar de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) superponiéndose sus cotizaciones en el régimen general de la Seguridad Social.

Finalmente, es pertinente mencionar una figura ciertamente novedosa[35] a la que se refiere el Estatuto del Trabajador Autónomo. Concretamente, el capítulo tercero de la norma que regula el trabajo por cuenta propia alude al régimen profesional del trabajador autónomo dependiente económicamente, comúnmente conocido como TRADE. Se trata, pues, de un trabajador autónomo pero que cuenta con un cliente principal del cual depende, en gran medida, su actividad, por percibir de éste la mayoría de sus ingresos.

Como se ha mencionado con anterioridad, la figura del autónomo (y, por ende, del falso autónomo) se ha utilizado para disfrazar auténticas relaciones laborales debido a que, en algunas ocasiones, las líneas que diferencian la ajenidad y dependencia son muy finas[36]. Para evitar dicha circunstancia, la LETA introduce el TRADE como una figura intermedia[37] siempre dentro del carácter por cuenta propia del trabajo, con el objetivo de dotar de mayor protección a un determinado colectivo de trabajadores autónomos con especiales características.

Así, el artículo undécimo de la LETA indica que los TRADE son aquellos que *"realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales."* A mayor abundamiento, para clarificar la ausencia de ajenidad y dependencia, la norma manifiesta que para poder tener la condición

[35] Guerrero Vizuete, M. E., *El Trabajador Autónomo Dependiente Económicamente: un estudio jurídico laboral*, Lex Nova, Madrid, 2013, p. 29.

[36] A veces con la inclusión en el contrato de trabajo de cláusulas tendentes a disfrazar la verdadera naturaleza de la relación como, por ejemplo, la posibilidad de sustituir al trabajador, tal y como señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de junio de 1998 (Rec. 220/1997) y de 17 de enero de 2000 (Rec. 1093/1999).

[37] López Fernández, R., "Delimitación conceptual del TRADE", en AA. VV., *Trabajo autónomo: regulación jurídica y perspectivas: régimen profesional, modalidades y Seguridad Social* (Sánchez Castillo, M. M., Dir), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 151.

de TRADE, además de cumplir con las notas de la definición anterior, deberán concurrir otras particularidades, a saber: no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes; no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente; desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

En suma, tanto la figura de trabajador autónomo *común* como los TRADE suponen alternativas en cuanto a la prestación de servicios por cuenta propia diferenciándose, eso sí, claramente, del contrato de trabajo y de la relación laboral común entre empresario y trabajador.

3. PRESUPUESTOS DE LABORALIDAD (O NO) DEL COLECTIVO DE DENTISTAS

Las casuísticas que se dan en el mercado de trabajo, como bien se ha señalado en la introducción de este estudio, a través de sus diversas relaciones jurídicas[38] son múltiples[39] por no decir *quasi* infinitas. La gestión de las clínicas dentales es un ámbito que está, todavía a día de hoy, en continuo desarrollo y cambio permanente. Los centros dentales particulares, regentados por un profesional odontólogo o bien por un empresario que contrata a dentistas, ha sido tradicionalmente la forma más común de administrar la propiedad de las clínicas dentales. Puede darse que cuente con una sola clínica, o bien con distintas, pero en ningún caso bajo una marca comercial o franquicia, más bien teniendo diversos centros dentales en la misma localidad, comarca o provincia, con el mismo nombre de la clínica dental de origen.

Debido a la alta demanda de los servicios dentales a causa de una mayor concienciación de la población al respecto de la salud bucodental, empiezan a proliferar empresas que abren, gestionan y también franquician clínicas dentales bajo el nombre de una marca comercial. Estas, a diferencia de las clínicas

[38] Almansa Pastor, J., *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 236.

[39] *"Las fronteras entre el TRADE, el autónomo y el asalariado se hacen presentes, ahora más que nunca, también en el plano práctico"* en Monereo Pérez, J.L. y López Insúa, B.M., "Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. *Riders* y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº4/2020, p. 8.

tradicionales, se expanden por el conjunto del territorio nacional tanto en ciudades importantes como en municipios pequeños y medianos, siempre y cuando se cumplan con las condiciones de su franquicia. A partir de la imagen comercial de la marca se realizan campañas de publicidad y marketing para captar clientes y rentabilizar la inversión realizada tanto en la apertura de clínicas dentales como en los centros franquiciados.

El primer supuesto que resulta el más sencillo de resolver, es la clínica dental que contrata a sus profesionales odontólogos como trabajador asalariado[40] mediante el contrato de trabajo, como origen o causa de la relación laboral individual[41]. Con independencia del modo de gestión mediante el cual se administra la clínica, si ésta cuenta con dentistas bajo el ámbito de dirección y organización de la misma y percibe los beneficios de los servicios remunerando, como contraprestación, el trabajo de sus dentistas, es evidente que se trata de una relación laboral por cuenta ajena. El ejercicio y desarrollo de una profesión denominada tradicionalmente como liberal no es óbice para que ésta pueda llevarse a cabo en calidad de asalariado[42].

En consecuencia, los dentistas estarán sometidos a las órdenes e instrucciones técnicas de la clínica y, en caso de que exista, a la dirección médica de la entidad empleadora, así como tendrán que realizar una jornada determinada según el horario establecido en el contrato de trabajo.

La doctrina del falso autónomo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han consolidado que lo decisivo es la dependencia y ajenidad en la prestación. El caso Glovo[43] reconoció que la plataforma ejercía control suficiente para presumir la laboralidad, aunque se trate de un mandato legal directo[44]. Si ese mismo razonamiento se aplica a los dentistas, la presunción de laboralidad derivaría de la estructura organizativa y del control clínico-comercial de la consulta dental como hecho conocido que permitiría deducir la existencia[45] de las notas de ajenidad y dependencia.

Por tanto, el traslado analógico supone afirmar que cuando el dentista presta sus servicios de forma personal, retribuida, continua y bajo las directrices

[40] García Murcia, J., *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, 2023, p. 13 y ss.

[41] García de Haro, R., *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Rialp, Madrid, 1963.

[42] García Testal, E., *Ejercicio asalariado de profesiones liberales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 39.

[43] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre (Rec. núm. 4746/2019).

[44] Mella Méndez, L., "La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad?", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº244/2021, p. 2.

[45] Rodríguez Piñero Royo, M., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, p. 29.

económicas y organizativas de la clínica, debe presumirse la existencia de relación laboral ordinaria, siendo la clínica quien debería probar lo contrario.

La aprobación de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, conocida como Ley *Rider*, supuso la incorporación al ET de una presunción específica de laboralidad para quienes prestan servicios de reparto mediante plataformas digitales. Dicha reforma reconoció que la utilización de algoritmos y sistemas tecnológicos de control configuraba una forma contemporánea de dependencia estructural, que debía ser tratada como una manifestación moderna de la subordinación jurídica tradicional. La norma vino, así, a positivizar una tendencia jurisprudencial consolidada, que ya había identificado la existencia de relación laboral en contextos en los que el control empresarial se ejercía de forma indirecta o automatizada.

Si trasladamos esa lógica al ámbito de la odontología privada, se advierte una analogía estructural entre los repartidores de plataformas y los dentistas vinculados a clínicas mercantiles. En ambos casos, la forma contractual aparente (autónomo o arrendamiento de servicios) oculta en muchos supuestos una realidad fáctica de ajenidad y dependencia. Las clínicas suelen determinar los horarios, tarifas y protocolos de actuación; asignan pacientes, gestionan agendas electrónicas, imponen sistemas de seguimiento y calidad, y facturan directamente al cliente. Por su parte, el profesional presta sus servicios de manera personal, continuada y retribuida, sin riesgo económico propio ni control sobre los medios esenciales de producción.

De ello se desprende que el dentista se integra funcionalmente en la organización empresarial de la clínica, reproduciendo los elementos típicos del trabajo por cuenta ajena. En la medida en que el control tecnológico y organizativo de la clínica sustituye al control jerárquico clásico, la analogía con la situación de los *riders,* resulta jurídicamente pertinente. Así como el legislador reconoció en el reparto digital una nueva forma de subordinación y dependencia mediada por la tecnología[46] en esta nueva realidad laboral, también en el sector odontológico la dependencia se materializa a través de sistemas digitales de gestión clínica, de la centralización de la clientela y de la fijación unilateral de condiciones de trabajo.

Por consiguiente, una presunción de laboralidad trasladada al ámbito sanitario, al menos en actividades prestadas bajo estas condiciones, respondería al mismo fundamento: la necesidad de proteger a quienes, pese a una apariencia formal de autonomía, se insertan de hecho en la organización y dirección de una empresa ajena. Ello implicaría invertir la carga de la prueba en favor del profesional, imponiendo a la clínica la obligación de demostrar la existencia real de autonomía en la prestación. Si bien es cierto que algunos profesionales odontólogos perciben emolumentos mucho más elevados que los repartidores de plataformas digitales.

[46] Sierra Benítez, E.M., "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI? ", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* vol. 3, nº4/2015, p. 10.

La extensión de la presunción de laboralidad más allá del sector de las plataformas no sería, por tanto, una innovación rupturista, sino la continuación lógica del principio de primacía de la realidad y de la doctrina sobre el falso autónomo. En el caso de los dentistas, dicha presunción no solo garantizaría una tutela laboral efectiva, sino que también contribuiría a la regularización laboral del sector, alineando el marco jurídico con la realidad económica actual de las profesiones sanitarias.

Deberán los dentistas, en el caso de ser trabajadores por cuenta ajena, contar con el instrumental, herramientas y demás artilugios necesarios para llevar a cabo las actuaciones médicas y los tratamientos dentales que se determinen, facilitándolos la clínica en el seno de sus instalaciones. Los profesionales odontólogos no serán los encargados de la relación con el mercado o los clientes, siendo su agenda, horarios y citas programadas gestionadas directamente por la clínica, siempre respetando la jornada laboral asignada. De estas relaciones con el mercado y, en definitiva, con los clientes, en términos de fijación de precios, los dentistas no tendrán ninguna responsabilidad, siendo la clínica la encargada de estipular los precios de cada servicio y tratamiento, con independencia del dentista que se encargue.

La ajenidad en los riesgos y en los frutos se ve de manifiesto en que las consecuencias de hipotéticos impagos o de disminución del volumen del negocio las asume directamente la propia clínica, por lo que el salario de los trabajadores dentistas por cuenta ajena, en ningún caso, podrá verse reducido. En los frutos, de la misma forma, la clínica dental cobrará de los clientes el dinero de los tratamientos médicos y, de forma puntual según lo pactado, ingresará a los dentistas su salario respetando lo establecido tanto en el contrato de trabajo como en los convenios colectivos de aplicación. Tal y como se ha mencionado, no reviste mayor complejidad esta forma de contratación en las clínicas dentales, pues es la más utilizada en el conjunto de empresas en nuestro país. Esto es, en el contrato de trabajo el producto del trabajo contratado pertenecerá al patrono, a quien el trabajador transferirá todos sus derechos sobre aquél[47] por el hecho mismo del contrato.

La otra vía, que contiene más aristas en términos laborales, son las clínicas, franquiciadas, familiares o particulares, que contratan, incluso a través de figuras afines al contrato de trabajo[48], a las personas profesionales dentistas mediante una prestación de servicios de carácter mercantil, es decir, bajo el paraguas del trabajo por cuenta propia. Esta modalidad contractual puede resultar más beneficiosa, al menos, para la empresa, pues se omiten las obligaciones de cotización social

[47] De la Villa Gil, L.E., "El concepto de trabajador", *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, nº100/2000, p. 40.

[48] López Gandía, J., *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 52.

empresarial ahorrándose una suma importante de dinero por cada dentista y, en el caso de contratar a varios, en su conjunto.

Existe también la fórmula en que los dentistas se dan de alta como profesionales autónomos y no prestan servicios para ninguna clínica, sino que alquilan su propio gabinete médico y gestionan y trabajan para su propia cartera de clientes, contando con una mayor predictibilidad en el trabajo[49] por cuanto disponen de una cartera de clientes particular. En este caso, como no hay intermediario y la relación (también la facturación) es bilateral, no puede haber ningún tipo de discusión acerca del vínculo entre dentista y cliente.

Los principales damnificados de esta forma de gestionar la contratación de trabajadores en clínicas dentales, en particular, son los propios dentistas, amén de la necesidad de estar al corriente de posibles modificaciones legislativas[50] en su normativa de aplicación. Su protección social y laboral, en lo que respecta al desempleo, incapacidad temporal o permanente, períodos de descanso y vacaciones, y a las cotizaciones sociales en su conjunto, será distinta y quedará al albur de su propio criterio y decisiones. Ahora bien, a través de la facturación mediante el RETA puede darse la circunstancia de que sus emolumentos mensuales percibidos sea sensiblemente mayor que si su contratación fuese vía contrato de trabajo. Por tanto, los profesionales autónomos odontólogos cuentan con la libertad de poder prestar sus servicios en diferentes clínicas dentales, organizándose su propia agenda, gestionando sus clientes y estableciendo su *caché* en cuanto a la contraprestación económica a percibir a cambio de su trabajo.

He ahí la disyuntiva que se presenta a la hora de escoger modalidad contractual a los dentistas, si bien optar por tener una relación laboral por cuenta ajena, limitándose, en la inmensa mayoría de los casos, a prestar servicios para una única clínica dental a cambio de un salario mensual pactado más o menos uniforme, o bien, por el contrario, distribuir su trabajo entre varias clínicas, determinando su agenda y su cantidad dineraria a percibir como autónomo.

Uno de los supuestos que está generando mayor controversia jurídica es el de la gestión de los recursos humanos por parte de las clínicas franquiciadas. Este conjunto de clínicas que cuentan con escaso personal y no del ámbito, precisamente, sanitario, realiza la contratación en términos mercantiles teniendo los dentistas que darse de alta en el RETA. Los únicos trabajadores, por tanto, que son contratados por cuenta ajena por parte de la clínica son de administración o auxiliares, pero no profesionales odontólogos. De este modo, suscriben un contrato mercantil con

[49] Sánchez – Urán Azaña, Y., "Concepto de Trabajador y Economía Digital: respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE*", Revista Derecho Social y Empresa*, nº14/2021, p. 35.

[50] Sempere Navarro, A. V., "Modificaciones sobre el trabajo autónomo en la Ley 6/2017: una visión general", *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº203/2017, pp. 15 y ss.

distintas características y condiciones con el dentista autónomo para desvirtuar las notas de dependencia y ajenidad.

Al respecto de la dependencia, como nota configuradora[51] del objeto del contrato laboral, el dentista realizará su prestación de servicios de forma autónoma, sin estar sometido al ámbito de organización y dirección de la clínica. Es más, en algunos casos, se específica que la clínica dental no cuenta con dirección médica. Para justificar esta autonomía organizativa se señala que será el propio profesional el encargado de gestionar su agenda, los clientes y los tramos horarios en los que tendrá disponibilidad, no asistiendo cada día a la clínica, sino que, en su mayoría, dos o tres días a la semana. Estará sujeto, eso sí, al horario comercial del centro. También será potestad del propio odontólogo autónomo elegir sus períodos de descanso o de vacaciones y la designación de un sustituto en caso de ausencias o incapacidad, quedando, en este caso, desfigurado el carácter personalísimo de la prestación.

Más allá de la autonomía organizativa, la autonomía técnica es igual o más importante. La delimitación de la autonomía en el ejercicio profesional constituye un elemento central para determinar la naturaleza jurídica de la relación que une al dentista con la clínica en la que presta servicios. Tradicionalmente, la autonomía organizativa se asocia a la capacidad del profesional para gestionar libremente los medios de producción, definir sus horarios, seleccionar a sus pacientes o fijar sus honorarios. Sin embargo, en el ámbito odontológico, esta forma de autonomía se encuentra habitualmente limitada por la estructura empresarial de las clínicas, que concentran la gestión administrativa, la agenda, la política de precios y los recursos materiales.

En contraposición, la autonomía técnica se refiere a la libertad del profesional para decidir, conforme a la normativa, los métodos, tratamientos y criterios clínicos más adecuados para cada paciente. Esta autonomía tiene su génesis en la naturaleza científica y sanitaria de la profesión odontológica, y se vincula directamente con la responsabilidad profesional y deontológica del dentista. Incluso cuando la organización empresarial restringe su capacidad de decisión económica u organizativa, el dentista conserva, al menos en principio, un margen de independencia en el ámbito estrictamente técnico, esto es, en la elección de los procedimientos clínicos, materiales o diagnósticos que mejor se ajusten a las necesidades del paciente.

No obstante, esta autonomía técnica no equivale a independencia económica o laboral. Puede coexistir con un marco de clara subordinación organizativa, en el que la clínica impone protocolos estandarizados, establece tiempos máximos por

[51] Pérez Amorós, F., "El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español (Su concepto legal y su emplazamiento en el estudio del Derecho del Trabajo)", *Revista de Política Social*, nº133/1982, p. 91.

tratamiento o condiciona las decisiones clínicas a criterios comerciales. En tales supuestos, la autonomía técnica se ve erosionada, reducida a una formalidad que no altera la realidad de dependencia en la ejecución del trabajo.

Así, mientras la autonomía organizativa refleja la capacidad empresarial del profesional, la autonomía técnica expresa su competencia científica y su deber ético hacia el paciente. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, sólo la primera resulta determinante para excluir la laboralidad. La mera existencia de autonomía técnica por lo demás, inherente a cualquier profesión cualificada, no basta para negar la condición de trabajador por cuenta ajena cuando el profesional carece de control sobre las condiciones económicas y organizativas de la prestación.

En consecuencia, en el contexto de las clínicas odontológicas, la autonomía técnica debe entenderse como una exigencia profesional mínima, pero no como un indicio suficiente de independencia laboral. Su preservación es imprescindible desde la óptica de la responsabilidad sanitaria, pero su presencia no neutraliza la presunción de laboralidad cuando la clínica ejerce un control efectivo sobre la organización del trabajo y la relación con los pacientes.

En lo concerniente a la ajenidad, se suscriben en la contratación mercantil distintas cláusulas que pretenden poner de manifiesto que la relación es por cuenta propia y demostrar la inexistencia de ajenidad, tanto en los frutos como en los riesgos. La principal cláusula contractual en este término es que el impago por parte de un cliente de un servicio dental lo asume el dentista, no la clínica, pues de ese modo la ajenidad en los riesgos corre a cargo del profesional. Sin embargo, el cobro a los clientes es gestionado por la clínica, y es la misma la que transfiere un porcentaje del total de lo abonado por el cliente al odontólogo en concepto de retribución. Así, se puede calificar como compartida la ajenidad en los frutos, repartiéndose los beneficios del negocio entre la clínica dental y el propio dentista autónomo.

Si bien, una cuestión siempre discutible es la fijación de precios. En algunos casos, los precios los fija la clínica y, en otros, los dentistas, teniendo en consideración, eso sí, una guía orientativa de precios puesta a disposición por los centros dentales. Los clientes podrán ser captados tanto por la clínica como por el dentista, otorgando de ese modo la capacidad de relaciones de mercado también. Por último, coinciden los casos analizados por juzgados y tribunales en que la clínica cobra un canon anual a los dentistas en concepto de alquiler de instalaciones, material y personal auxiliar, lo que pretende demostrar la existencia de que el trabajo se realiza por cuenta propia.

Pero ¿qué sucede en los casos en los que el dentista autónomo tenga una notable dependencia económica de una sola clínica? Si de una sola clínica en cuestión obtiene, al menos, el 75% de sus ingresos totales, puede concertar un contrato como TRADE previa comunicación fehaciente por parte del dentista a la clínica. En dicho contrato, tal y como indica el artículo 12 de la LETA, *"se*

deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produjeran al respecto" respetando siempre la circunstancia de que *"la condición de dependiente sólo se podrá ostentar respecto de un único cliente."*

Mediante el reconocimiento de la condición de TRADE del dentista respecto su principal cliente, este obtiene un mayor grado de protección y regula, de alguna forma, las condiciones laborales de su prestación de servicios permitiéndole también, a su vez, prestar sus servicios para otros clientes. Esta es una figura que se adecua perfectamente a aquellos odontólogos que tengan un cliente principal que suponga la mayoría de su facturación pero que, además, de forma ocasional o puntual, obtengan ingresos de otros centros dentales que complementen sus ganancias.

El papel de la negociación colectiva para mejorar las condiciones de trabajo es una de las cuestiones fundamentales de los TRADE. En este contexto, la negociación colectiva se erige como un instrumento esencial para corregir los desequilibrios estructurales que caracterizan la relación entre el dentista dependiente y la clínica. Aunque el TRADE no disfruta del mismo nivel de protección que el trabajador asalariado, la propia LETA en su artículo 13 prevé la posibilidad de acuerdos de interés profesional, negociados por asociaciones representativas de trabajadores autónomos y las empresas o asociaciones de empresas a las que prestan servicios. Estos acuerdos permiten establecer condiciones homogéneas en materias como remuneración mínima, tiempos de descanso, prevención de riesgos laborales, formación continuada o seguros de responsabilidad profesional.

La importancia de estos instrumentos es doble. En primer lugar, contribuyen a reducir las diferencias contractuales entre las clínicas y los dentistas que, pese a su cualificación técnica, se encuentran en una posición de debilidad estructural. En segundo lugar, fomentan la cohesión del colectivo profesional, dotándolo de herramientas de acción colectiva que trascienden la lógica individual del contrato civil y aproximan su régimen al de las relaciones laborales colectivas. En este sentido, la negociación colectiva actúa como mecanismo de sindicalización funcional dentro del trabajo autónomo, preservando la libertad profesional sin renunciar a la protección social y económica.

En el caso de los dentistas, la promoción de acuerdos sectoriales específicos para el colectivo TRADE podría contribuir a fijar criterios homogéneos en la fijación de honorarios, regular la utilización de medios clínicos y tecnológicos, garantizar la continuidad en la actividad y evitar situaciones de dependencia abusiva. Asimismo, permitiría integrar la perspectiva de salud laboral y bienestar profesional, especialmente relevante en una actividad de alta exigencia técnica.

En suma, la negociación colectiva representa la vía más eficaz para equilibrar la relación entre autonomía formal y dependencia económica, dotando al colectivo de dentistas TRADE de un marco de protección adecuado a su realidad profesional.

Su impulso no solo favorecería la mejora de las condiciones materiales de trabajo, sino que también reforzaría la dignificación jurídica y social del ejercicio profesional en el contexto de las clínicas odontológicas contemporáneas.

A fin de cuentas, las distintas maneras de gestión de los recursos humanos en el sector dental respecto a las personas odontólogas, podrá seguir atendiendo a los tres tipos analizados en los párrafos precedentes: contratación laboral por cuenta ajena, trabajadores autónomos comunes o TRADE. Se valorará en cada uno de ellos los acuerdos y cláusulas suscritas para determinar si la figura utilizada es conforme a la legislación o, por el contrario, descifrar si, efectivamente, se pretende camuflar una relación laboral por cuenta ajena a través de lo denominado como un falso autónomo.

4. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL EN LA MATERIA: ¿CAMBIO DE CRITERIO A RAÍZ DE LA VIGENCIA DE LA LEY DEL ESTATUTO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO?

Una vez establecido el marco normativo y teórico del asunto, así como los distintos presupuestos en los que el vínculo de los odontólogos es pertinente y, a mi juicio, interesantísimo realizar un recorrido por las resoluciones judiciales que han supuesto un punto de inflexión[52] en cuanto a la interpretación de la laboralidad de los dentistas en clínicas dentales. Es cierto que tanto la doctrina científica como judicial alude a que cada casuística específica debe ser vista de forma individualizada haciendo hincapié a las condiciones y características de cada prestación de servicios.

No obstante, es cierto que tanto el Tribunal Supremo como tribunales superiores de justicia autonómicos han ido modulando sus pronunciamientos y, aunque no existe una posición unánime, si pudiera observarse un criterio claro a seguir cuando se dan ciertas notas en los contratos suscritos entre los profesionales dentistas y las clínicas dentales. Uno de los aspectos clave que, en el estudio posterior de la última sentencia al respecto del Tribunal Supremo viene a colación, es la aprobación y vigencia de la LETA[53] como un instrumento jurídico que sirve, en cierto modo, para encajar en dicha normativa una relación que *a priori* no contaba con esa alternativa.

[52] En palabras del Prof. Sempere Navarro en el F.J. 4º de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2023 (Rec. 3291/2020).

[53] *"Las sentencias que resuelven supuestos anteriores a la vigencia de la LETA califican las relaciones de servicios litigiosas como contratos de trabajo"* y *"Numerosos Autos o sentencias posteriores a la vigencia de la LETA contrastan con detalle las circunstanciasen que se presta la actividad profesional de referencia, a fin de decidir si se trata de una relación laboral o no."* F.J. 4º

Las múltiples resoluciones judiciales, desde tribunales de instancia hasta de la sala cuarta del Alto Tribunal, han ido coadyuvando a que los recursos contra dichas sentencias sean más ricos y diversos, aún más si cabe. Pues, en este sentido, no es extraño que de un mismo caso se deriven interpretaciones distintas por parte de los tribunales: el Juzgado de lo Social en un sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma revocando el sentido de la resolución del Juzgado de lo Social y, finalmente, el Tribunal Supremo dando respaldo jurídico al primer pronunciamiento del Juzgado de lo Social. Este panorama dibuja un vínculo, como es el de los dentistas con las clínicas dentales, sin duda, que reviste muchas aristas amén de sus singularidades en la prestación de los servicios.

Se podría valorar, por tanto, tres bloques de sentencias atendiendo a su importancia y consistencia durante los últimos años del siglo XXI: un primer bloque que agruparía las sentencias de 2007 y 2009, un segundo en el año 2013 y el último que culmina el 17 de enero del año 2023 con la Sentencia 137/2023 del Tribunal Supremo.

En un primer término, la STS 1724/2009[54] de 18 de marzo, Rec. 1709/2007, viene a revocar una STSJ de Galicia 2150/2007, de 23 de marzo, Rec. 6025/2006, donde el tribunal superior gallego sostiene que la relación entre unos profesionales dentistas y una clínica dental no es laboral al no concurrir las notas de ajenidad y dependencia propias del contrato de trabajo. Los antecedentes de hecho del caso juzgado por el TSJ de Galicia y que, con posterioridad, serán también revisados por la sala cuarta del Tribunal Supremo son, más o menos, similares a los que se examinan también en resoluciones posteriores. Si bien, cada caso en particular guarda sus singularidades.

Varios dentistas, en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, suscriben un contrato civil de arrendamiento de servicios con una clínica dental que desarrolla su actividad bajo el nombre comercial de Vital Dent realizando distintas actividades odontológicas. Las condiciones de prestación de servicios se erigen como claves para poder dilucidar si, efectivamente, se dan las notas de laboralidad o no.

Relata la resolución judicial las distintas cláusulas contractuales a las que están sujetos los odontólogos: no están sujetos a un horario y una jornada de trabajo; fijan los días y horas en que van a prestar servicios en la clínica dentro del horario comercial de la misma organizando su agenda y no debiendo permanecer en el centro de trabajo si no tienen pacientes citados; algunos prestan servicios en otras clínicas dentales, o bien, tienen su propia clínica; su retribución obedece a un porcentaje pactado de común acuerdo por cada acto médico; los profesionales dentistas deben abonar un canon anual de 1.200€ anuales por el uso de la infraestructura, medios y materiales propiedad de la clínica dental.

[54] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009 (Rec. 1709/2007).

Además de las condiciones de prestación de servicios antedichas, detalla un par de cuestiones más que resultan clave para el tribunal en la justificación de su resolución. En primer lugar, que los odontólogos no están sometidos al régimen disciplinario y sancionador de la clínica no existiendo vigilancia ni control en la forma y el contenido de su actividad. Y, en segundo lugar, cada uno de los dentistas fijan y deciden las vacaciones que van a disfrutar y, puntualiza, que durante las ausencias de los profesionales serán los mismos los que convengan los sustitutos para la prestación de los servicios.

Con estos mimbres, el TSJ gallego fundamenta su resolución bajo las siguientes premisas, siendo el núcleo central del asunto la determinación de si los contratos existentes entre los odontólogos y la clínica deben ser calificados de relación laboral. La principal razón que arguye el tribunal es la necesaria distinción entre el arrendamiento de servicios, de naturaleza civil, y el contrato de trabajo a través de la constatación de la existencia de las notas de voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia destacando, precisamente, esta última nota[55].

Con anterioridad al razonamiento de su decisión, realiza algunas apreciaciones interesantes a la presunción de laboralidad[56] *iuris tantum* del inciso primero del artículo 8 del ET. Discute que sea propiamente una presunción de laboralidad, sino más bien una *"definición de la relación laboral"* que siempre debe darse bajo el ámbito de dirección y organización del empleador. En palabras del TSJ de Galicia, el caso juzgado *"no evidencia las notas características propias de un vínculo laboral"* sino que, más bien, sostiene el órgano colegiado juzgador, que la prestación de servicios de los profesionales dentistas encaja dentro de la actividad de una profesión liberal pues esta no se lleva a cabo dentro del ámbito de organización y dirección de otro.

Los dentistas no están sujetos a un horario y a una jornada de trabajo, como sí lo están los demás profesionales de la clínica, es decir, los auxiliares que trabajan en la misma. Son los propios odontólogos los que deciden, bajo su criterio, los días y las franjas horarias en las que van a prestar servicios pues, a mayor abundamiento, hay dentistas que desarrollan su labor en distintas clínicas o cuentan con su propio centro dental. Del mismo modo, si no tienen citas programadas no deben permanecer en el centro de trabajo, fijan las vacaciones y los clientes pueden ser tanto propios, es decir, de cada profesional, como de la clínica dental.

[55] STSJ de Galicia 2150/2007, de 23 de marzo, Rec. 6025/2006, F.D. 3º: *"no es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y de su remuneración por la persona a favor de la que se prestan (...) siendo necesario para que concurra (el contrato de trabajo) que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario del empleador por cuenta de quien realice una especifica labor."*

[56] Art. 8.1 ET: *"Se presumirá existente (el contrato de trabajo) 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 aquel."*

En cuanto a la retribución, otro de los elementos clave del asunto a juzgar, los dentistas contratados cobran por acto médico sin percibir una misma retribución de forma fija y periódica en concepto de salario. Su contraprestación económica por el trabajo realizado consiste en un porcentaje por cada uno de los actos médicos, una vez se deducen los gastos de laboratorio, a sumar también el canon anual de 1.200€ que se debe abonar a la clínica en concepto de alquiler por su utilización. A todo ello se suma, sobre la nota de dependencia, dos elementos más de juicio: que no existe vigilancia ni control de la clínica a la actividad de los dentistas, siendo estos mismos los responsables de la elección del tratamiento a aplicar al paciente; y que los odontólogos no están sometidos al régimen disciplinario y sancionador de la dirección[57] del centro dental.

Por consiguiente, el tribunal llega a la conclusión que no se hallan en este caso las notas de ajenidad y dependencia que deben darse en una relación laboral por cuenta ajena, ya que *"los servicios prestados se producen sin sujeción a un horario y jornada de trabajo"* así como *"sus retribuciones se producen por acto médico realizado, en función del resultado y no de la actividad."* De forma clara, evidencia que, a su juicio *"no existe incardinación en un círculo organizativo, rector y disciplinario de un tercero denominado empleador o empresario"* añadiendo que no es suficiente que los trabajos se presten en el centro dental propiedad de la empresa. Utiliza dentro de su argumentación un término clarificador como es *desdibujar* por cuanto conviene señalar que el carácter personalísimo de la prestación aparece, efectivamente, desdibujado al poder el propio dentista concertar su sustitución por otro profesional.

Esta resolución sucintamente analizada en los párrafos precedentes, tanto en los hechos como en sus fundamentos jurídicos, sirve de base al Tribunal Supremo para, dos años después, en 2009, fijar una posición distinta y revocar los argumentos esgrimidos por el TSJ de Galicia. Sin embargo, esta sentencia sirve también a otros órganos judiciales como inspiración para sostener la misma posición en términos de la inexistencia de la relación laboral de dentistas y clínicas pues, como ya se ha señalado en el apartado introductorio de este estudio, los pronunciamientos al respecto de esta situación son dispares. Una muestra de ello es la doctrina judicial[58] que aduce el Tribunal Supremo en su Sentencia 1724/2009, de 18 de marzo, Rec. 1709/2007, que contradice la interpretación realizada por el TSJ de Galicia estudiada siguiendo la línea marcada por el propio Tribunal Supremo en resoluciones del 2007 y 2008.

[57] Este, el que la clínica dental cuente con dirección médica, es un aspecto fundamental para posteriores resoluciones judiciales de casos muy similares o análogos.

[58] Así, litigios resueltos declarando la laboralidad de la relación de los dentistas con clínicas dentales, por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras: de 6 de febrero de 2007 (Rec. 3596/2005); de 19 de junio de 2007 (Rec. 4883/2005); de 10 de julio de 2007 (Rec. 1412/2006); de 27 de noviembre de 2007 (Rec. 2211/2006); de 12 de diciembre de 2007 (Rec. 2673/2006); de 12 de febrero de 2008 (Rec. 5018/2005) y de 27 de noviembre de 2008 (Rec. 3599/2006).

En cualquier caso, la sala cuarta del TS en su resolución de 18 de marzo de 2009 fundamenta su consideración en que, efectivamente, sí que concurren las notas de laboralidad de una relación laboral. Parte de la base de que la naturaleza de los contratos, así como su calificación es la que se desprende de las características y prestaciones que se lleven a cabo, no la denominación que las partes de manera errónea o interesada[59] puedan hacer. La lista de sentencias a las que alude la resolución en el párrafo segundo del fundamento de derecho tercero sostienen que, en todas ellas, califican las relaciones de servicios como contratos de trabajo por los siguientes motivos: la clínica dispone de organización sanitaria previa; el lugar, el horario y los medios materiales los dispone la clínica; la retribución es percibida por la empresa; y que el profesional odontólogo está obligado a realizar la prestación de forma personal, sin perjuicio de sustituciones puntuales.

Refuerza, además, estos argumentos en que existe la dependencia del dentista a la clínica en tanto que el trabajador está sujeto al horario comercial de la clínica, si bien en forma flexible, lo que lleva a considerar al tribunal que los odontólogos se encuentran bajo la esfera rectora y organicista de la empresa. Sin embargo, menciona el nivel de abstracción de los conceptos de dependencia y ajenidad, pues es cierto que la línea que diferencia la dependencia o ajenidad de la cuenta propia es, en ocasiones, muy fina y se debe observar, en cada caso, el conjunto agrupado de indicios[60] para decidir en cuanto a su existencia o no. Resulta muy interesante la analogía que expone la resolución para con las profesiones liberales, de modo que la nota de dependencia y de ajenidad se encuentra *"muy atenuada debido a la independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas"* cosa que sí pueden tener en común distintas profesiones liberales.

Concluye, tras el razonamiento jurídico, la sala de lo Social del Alto Tribunal, que el vínculo entre la clínica dental y los odontólogos es eminentemente laboral debido a que la prestación de servicios se lleva a cabo de forma personal [61] y voluntaria y que la ajenidad en los frutos del trabajo se transfiere al empresario

[59] El Tribunal Supremo, no en vano, utiliza el término interesado de una manera muy certera habida cuenta de la utilización de la figura, por ejemplo, del falso autónomo.

[60] F.D. 3º, Quinto: *"Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresaria, que se encarga de programar su actividad; los indicaciones comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados; el carácter fijo o periódico de la remuneración y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio."*

[61] Que exista un régimen de sustituciones o suplencias, no desvirtúa que el trabajo del odontólogo se realiza de forma personal pues, según el tribunal, a tener literal de lo que se desprende de su argumentación es que las sustituciones se limitan a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo.

y, *a posteriori,* este se encarga de abonar un salario[62] independientemente de la obtención de beneficios. En cuanto a la dependencia, el no someterse a jornada laboral no exime de que el trabajo se lleve a cabo dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, argumento que refuerza cuando se refiere a la retribución arguyendo que la clínica es la que cobra y gestiona la facturación a los clientes.

Por tanto, la totalidad de los indicios examinados por el TS lleva a calificar la relación entre la clínica y los dentistas como contrato de trabajo y, en consecuencia, a revocar la sentencia del TSJ gallego, siguiendo la doctrina interpretativa del Tribunal Supremo en las sentencias de años anteriores sacadas a colación en este propio pronunciamientos objeto de análisis en estos párrafos.

No es baladí que, en el año 2013, la sala cuarta del Tribunal Supremo, si bien no entrando en consideraciones de fondo al inadmitir un recurso, se pronuncia difiriendo del criterio estipulado en la resolución del 2009. Uno de los elementos novedosos de juicio que pueden observarse entre las sentencias de 2009 (juzga unos hechos acaecidos en 2006) y la de 2013 es la entrada en vigor de la LETA, que data del 12 de octubre de 2007.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 5862/2013, de 13 de noviembre, Rec. 2202/2012, inadmite el recurso a la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 3099/2012, de 20 de junio de 2012, Rec. 982/2012, la cual declara como mercantil el carácter de la relación entre los odontólogos y la clínica empleadora. El pronunciamiento del TSJ castellano leonés viene a dar por válido el vínculo a través del contrato suscrito como trabajadores autónomos dependientes económicamente estipulado en el capítulo tercero de la LETA. La principal razón del órgano juzgador[63] para desviarse, en este caso, del criterio mayoritario previamente establecido por el TS, estriba en la asunción por los dentistas de las consecuencias del impago a los servicios prestados.

Refuerza la argumentación ahormando la justificación jurídica para sostener que la relación es de carácter mercantil[64] y, por consiguiente, la ausencia de las características de laboralidad como la dependencia y ajenidad con lo siguiente: el abono de una cantidad anual a la clínica en concepto de alquiler de las instalaciones; la organización de los períodos de vacaciones por parte del propio profesional; la aportación de materiales y ropa de trabajo por los mismos facultativos; y, la asunción de las consecuencias de los impagos por los mismos y no por el centro dental.

[62] Considera, por tanto, el Tribunal Supremo, a raíz de la interpretación que realiza, que la contraprestación económica que abona la clínica (empresa) al odontólogo (trabajador) es un salario.

[63] Califica, el propio tribunal, como *"quizás la más relevante"* en su F.D. 2º.

[64] Admite, en el F.D. 2º también, la disparidad del régimen jurídico laboral: *"la modalidad contractual a la que se acudió es dispar (trabajadores autónomos dependiendo económicamente) existiendo datos que revelan (...) la mercantilidad del vínculo contractual."*

Además de ello, son los dentistas los responsables de la organización de su propia agenda, es decir, de fijar sus días y horarios de atención a la clientela siendo esta tanto procedente de la clínica como de los odontólogos. Del mismo modo las vacaciones no son acordadas mutuamente con el empleador, antes, al contrario, los profesionales deciden qué período van a disfrutar de descanso sin la concurrencia del visto bueno por parte de la empresa. En cuanto a la retribución percibida hay dos cuestiones sustanciales: la primera de ellas es que su contraprestación económica no es fija, esto es, dependiendo de cuantas actuaciones médicas realicen ingresará un porcentaje de cada una de ellas previa deducción de los gastos de laboratorio; y, la segunda, que de su cantidad anual recibida debe restarse el abono de las prótesis que implantan a los clientes añadido al canon anual en concepto de alquiler anteriormente citado.

En suma, tanto el TSJ de Castilla y León en su resolución, como el Tribunal Supremo a través de la fundamentación jurídica para la inadmisión del recurso en contra de la sentencia antedicha, señalan que los datos y hechos probados[65] en este caso en particular *"desdibujan"* las características de laboralidad[66] convenidas en el primer artículo de la norma básica reguladora de las relaciones laborales, el Estatuto de los Trabajadores.

Uno de los casos más recientes y que puede suponer un punto de inflexión es la resolución por parte de la sala cuarta del Tribunal Supremo de un recurso de casación para la unificación de doctrina a colación de una sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid. Esta última controversia jurídica acerca de la relación laboral entre dentistas y clínicas dentales introduce algunas novedades tanto en las circunstancias del propio vínculo como al respecto de la línea seguida con anterioridad por jueces y tribunales, en especial, por la sala de lo Social del TS.

En este particular, se pone en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social un aumento de contratos de TRADE entre clínicas y dentistas, así como la migración, en algunos casos, de relaciones laborales por cuenta ajena a la contratación mediante arrendamiento de servicios como TRADE. En este sentido, las características de la prestación de servicios de los profesionales odontólogos son muy similares a resoluciones analizadas en páginas precedentes ya que los dentistas

[65] Al respecto de cómo la descripción de los hechos probados en la sentencia recurrida del TSJ de Castilla y León condiciona la existencia o no de contradicción con la sentencia de contraste a la que alude el propio recurso ante el Tribunal Supremo, véase el Prof. Todolí: *"Por tanto, en ambos casos la realidad probada es la misma –algo lógico por lo que venimos diciendo que en una franquicia todos los franquiciados utilizan la misma operativa-. Sin embargo, cómo se expresó esa realidad en los hechos probados por el tribunal de instancia resultó decisiva"* en Todolí Signes, A., "La importancia de cómo las sentencias expresen los hechos probados: La laboralidad de los odontólogos de VitalDent", *Argumentos en Derecho Laboral*, 3 de marzo de 2016.

[66] STSJ CL 3099/2012, de 20 de junio, Rec. 982/2012, F.D. 2º: *"gozan los actores de una autonomía en la prestación de servicios que parece ajena a las exigencias de subordinación a los poderes de organización y dirección empresarial requeridos por la norma."*

llevan a cabo su trabajo en la clínica un día o dos a la semana en determinadas franjas horarias. Sin embargo, la clínica no cuenta con dirección médica por cuanto los dentistas no tienen dependencia técnica, jerárquica, disciplinaria u organizativa de la empresa desarrollándose su actividad con plena autonomía.

El dentista es el encargado de organizar el servicio fijando sus propios criterios de atención, el tratamiento a aplicar al paciente y fijando su horario y agenda de citas conforme a su criterio personal. Coincide con otros contratos en que deberán pagar un canon de 1.200€ anuales en concepto de arrendamiento de instalaciones, maquinaria y uso de personal auxiliar, en que fijará unas vacaciones de 18 días anuales y que en caso de impago por parte del paciente el profesional no podrá facturar los servicios realizados, es decir, asume las consecuencias del impago. Su retribución corresponde a un porcentaje del importe de los tratamientos realizados siendo los precios establecidos por los odontólogos teniendo en cuenta una guía orientativa por parte de la empresa.

Así pues, llega para el análisis del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid una sentencia del Juzgado de lo Social número 18 de Madrid[67] que no atiende las pretensiones de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) a instancias del acta de infracción levantada por parte de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social de declarar como relación laboral el vínculo entre los dentistas y las clínicas dentales. Por contra, la Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 4418/2019, de 30 de mayo, Rec. 885/2018, viene a contradecir la interpretación del pronunciamiento de instancia. Lo hace, fundamentalmente, basándose en las resoluciones de 2007, 2008 y 2009 del Tribunal Supremo para acreditar la concurrencia tanto de las notas de dependencia como de ajenidad.

Realiza un repaso de los indicios y hechos probados para la determinación de la existencia de la nota de dependencia, tales como la disposición de organización propia por parte de la empleadora; el lugar, horario y medios materiales puestos a disposición por la misma; y la gestión del cobro de las actividades médicas por parte de la empresa. En relación con la ajenidad, señala el fundamento jurídico de la resolución que las relaciones con el mercado y con el público, así como la fijación de los precios y tarifas son cuestiones responsabilidad de la empresa y no del profesional odontólogo. Es más, el cálculo del porcentaje de retribución que corresponde a los dentistas es fijado por la empresa y gestionado a través de ésta, lo que permite afirmar, según el tribunal, que el riesgo y lucro de la actividad recae sobre la clínica dental.

En definitiva, se estima el recurso formulado por la TGSS y se declara que la relación que vinculó a las personas dentistas con la entidad dental fue de carácter laboral. La prestación se desarrollaba de forma voluntaria y personal, los frutos del

[67] SJS, Madrid, núm. 18, de 21 de febrero de 2018.

trabajo se transmiten al empresario y, con posterioridad, retribuye un porcentaje al dentista. Y, finalmente, en cuanto a la dependencia sostiene que *"los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, ya que estaban obligados a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica."* Toda esta argumentación sirve, en consecuencia, para determinar que concurren las notas y características de una relación laboral según el TSJ de Madrid y también de base para el análisis posterior, en unificación de doctrina, del Tribunal Supremo.

El pronunciamiento más reciente del Tribunal Supremo que, además, pone de manifiesto el cambio de criterio interpretativo tradicional seguido por el mismo tribunal, es la Sentencia 137/2023, de 17 de enero, Rec. 3291/2020, que viene a revisar la sentencia anteriormente analizada del TSJ de la Comunidad de Madrid. La argumentación jurídica de la sala de lo Social del TS es muy interesante, eso sí, no puede considerarse generalizable[68] en tanto fija una serie de características clave a tener en cuenta para determinar, en su caso, la existencia de una relación laboral o no.

En el fundamento de derecho primero repasa, *a priori,* los hechos más relevantes del contrato suscrito entre los odontólogos y la clínica y señala los siguientes datos: las siete personas dentistas están integradas en el RETA y contratadas como TRADE; actúan, las personas dentistas, con autonomía organizativa y con libertad horaria; pueden fijar sus vacaciones durante 18 días al año; emiten una factura con un porcentaje de las ganancias, si bien en caso de impago no pueden hacerlo; no existe dirección médica ni hay superior jerárquico; y, por último, cada cual gestiona su agenda conforme a su criterio individual. Una vez sustentados los análisis de las sentencias recurridas, así como la concurrencia de la necesaria contradicción, expone, a modo de conclusión del fundamento de derecho primero un marco normativo, que no por básico deja de ser útil en la resolución, aplicable a la situación formado por el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto del Trabajo Autónomo.

No solo la sentencia del TS no rehúye el análisis de las sentencias que formaron el criterio de la sala cuarta dictadas entre 2007 y 2009, sino que, a mayor abundamiento, trae a colación la STS de 13 de noviembre de 2013 para proyectar un balance jurídico provechoso sobre los supuestos ya resueltos. Las sentencias de 2007, 2008 y 2009 evidencian una consideración de que concurren las notas de laboralidad en la prestación de servicios de los dentistas con clínicas dentales y, por tanto, existe la relación laboral.

[68] Sánchez Trigueros, C., "Dentistas en clínicas franquiciadas: ¿relación laboral o arrendamiento de servicios? Sentencia Tribunal Supremo 33/2023, de 17 de enero", *Revista de Derecho Laboral vLex*, nº8/2023, p. 166.

Por su parte, la sentencia de 2013 descarta aplicar la doctrina unificada de calificar la relación como laboral debido a que *"aparecen circunstancias esenciales a los efectos de determinar la existencia o no de relación laboral"* volviendo a utilizar ese término de *desdibujar* la relación laboral. Las circunstancias que desdibujan la relación laboral a las que alude la resolución de 2013 son que la modalidad contractual es la de TRADE y que los dentistas asumen las consecuencias de los impagos por parte de los clientes.

El balance, pues, señala en primer término una particularidad condicionante y es que las sentencias que resuelven supuestos anteriores a la entrada en vigor de la LETA califican el vínculo como relación laboral. En segundo lugar, subraya que la sentencia de 2013 supone un punto de inflexión al contravenir la doctrina sobre la laboralidad de este supuesto que va en línea con numerosos autos y sentencias posteriores a la LETA donde los pronunciamientos son dispares aludiendo a las singularidades de cada asunto enjuiciado.

En los últimos considerandos antes de la parte resolutiva, el TS reconoce que se ha asociado la laboralidad a la existencia de una actividad continuada de atención a pacientes, contraponiendo dicha actividad con aquellos casos que, únicamente, acuden al centro médico algunos días o franjas horarias a la semana. A mayor abundamiento, se ha validado que la celebración de un contrato como TRADE y su prestación de servicios coherente con ello impide la unificación de doctrina en sentido *laboralizador* y que, en esa misma dirección, la asunción de los dentistas de las consecuencias del impago por parte de los clientes denota la ausencia de la nota de ajenidad propio de un contrato de trabajo. Finalmente, se da una especial importancia a que la clínica dental posea, o no, una dirección médica responsable de la organización, distribución y relación con los clientes.

Todo ello conduce, a través de este pronunciamiento, al TS a dejar la puerta abierta a que se enjuicie cada supuesto posterior a la vigencia de la LETA de forma individualizada. En su resolución se aprecia que de los hechos probados en este caso no se desprende la concurrencia de las notas propias del contrato de trabajo ya que, entre otras cuestiones, la actividad de los profesionales odontólogos no es continuada, abonan una cantidad por la utilización de las instalaciones, existe un contrato escrito por las partes como TRADE y, a mi juicio, dos últimos elementos que todavía hacen más clarificadora la conclusión del tribunal: la ausencia de una dirección médica en la clínica y la responsabilidad de los dentistas por las consecuencias derivadas del impago de algún servicio por los clientes.

En el mismo tenor se sustenta el informe del Ministerio Fiscal arguyendo, por su parte, que no existe compromiso personalísimo de desarrollar la actividad por parte de los profesionales dentistas. Tampoco concurren la dependencia, ya que no existe control alguno por parte de la clínica respondiendo los dentistas de una eventual negligencia en el ejercicio de su profesión, ni la ajenidad, puesto que son los facultativos los que asumen de manera expresa el riesgo y ventura del negocio tanto en los supuestos de impago de los pacientes como en las ganancias.

Se concluye, en consecuencia, que no existe contrato de trabajo de modo que *"la relación bascula desde la legislación laboral (ET) hacia la específica del trabajo por cuenta propia (LETA)"* al no acreditarse las notas de dependencia y ajenidad en la prestación de servicios de las personas dentistas en las respectivas clínicas dentales. No obstante, en el inciso final se deja claro que esta doctrina no puede ser de general aplicación para todos los casos de clínicas dentales, sino, únicamente, a aquellos supuestos en que concurran las mismas características.

A mayor abundamiento, en el año 2025 vuelve a examinar la Sala de lo Social del Tribunal Supremo[69] un caso análogo, es decir, debate la naturaleza de la relación que une a personas trabajadoras odontólogas con la empresa. El supuesto de hecho es, prácticamente, idéntico al de la resolución de 2023, pues en una misma clínica dental se suscriben diversos contratos como TRADE con personas dentistas. Sin embargo, existe una única relación laboral con una odontóloga que presta sus servicios con unas concretas condiciones[70] que no se dan en los vínculos con los demás dentistas de la clínica.

Así las cosas, los profesionales odontólogos prestaban sus servicios en el centro indicado, realizando los clientes el pago directamente a la clínica percibiendo estos dentistas un 35% de lo cobrado al cliente. Además, los gastos del local (agua, luz y teléfono) eran abonados por la clínica, acudiendo los profesionales los días que acordaban con la dirección de la empresa realizando trabajos también para otros centros de odontología. Las sentencias de instancia, del juzgado de lo Social número 13 de Madrid[71] y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid[72] declaran que no existe dependencia entre dentistas y empresa, debido a que cada profesional establece con libertad el tiempo de trabajo, no se les garantiza una retribución mínima y tampoco se someten al poder disciplinario empresarial no constando control o vigilancia por parte de la clínica.

Esta sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid es refrendada tanto por el TSJ como por la Sala IV del Tribunal Supremo a través de la desestimación de los recursos arguyendo la falta de contradicción del supuesto. Por consiguiente, podría concluirse que la resolución del TS de 2023 que invoca la ausencia de laboralidad ha supuesto un verdadero punto de inflexión, a la vista también de este reciente examen de una situación análoga. En definitiva, tal y como sostiene la Sala de lo Social del Alto Tribunal debe atenderse, necesariamente, a las circunstancias concurrentes en cada caso.

[69] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2025.

[70] F.D. 4º: "*la laboralidad solo aparece en la sentencia referencial con una odontóloga que debe sujetarse a horario y a jornada marcada por la empresa, sin aportar material propio alguno*."

[71] Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid 308/2023 de 15 de junio.

[72] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 307/2024 de 30 de abril (Rec. 109/2024).

5. VALORACIÓN FINAL Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* PARA REGULAR EL SECTOR

A modo de conclusión, el análisis de la prestación de servicios por parte de los odontólogos en clínicas dentales pone de manifiesto la creciente complejidad del mercado laboral contemporáneo, en el que conviven modelos clásicos de relación laboral con fórmulas más flexibles de organización del trabajo. En este contexto, la figura del falso autónomo adquiere especial relevancia, al reflejar una práctica empresarial que, en algunos casos, instrumentaliza el trabajo autónomo para eludir las obligaciones inherentes a una relación laboral por cuenta ajena.

A partir de los presupuestos normativos expuestos, ET y LETA, además del estudio de la doctrina judicial reciente, se advierte una tensión interpretativa en torno a los elementos de dependencia y ajenidad en el sector odontológico. Las resoluciones judiciales ponen de relieve que, más allá de las cláusulas contractuales formales, es la realidad material de la prestación de servicios la que debe guiar la calificación jurídica del vínculo. No obstante, la introducción y consolidación de la figura del TRADE ha contribuido a matizar dicha delimitación, proporcionando una tercera vía que, si bien aumenta la seguridad jurídica, también puede dificultar la identificación de relaciones laborales encubiertas. Se constata que la práctica empresarial en el sector dental se ha diversificado en función de los distintos modelos de gestión (clínicas individuales, franquicias, grupos empresariales), dando lugar a una pluralidad de vínculos contractuales que deben analizarse caso por caso. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, especialmente desde la entrada en vigor de la LETA, pone el acento en la necesidad de atender a la organización efectiva del trabajo, la existencia o no de dirección médica y la asunción del riesgo económico como elementos clave para la calificación del contrato.

En consecuencia, la tendencia judicial apunta hacia una mayor flexibilidad interpretativa y una menor automatización en la calificación de las relaciones de trabajo, lo que obliga a reforzar el análisis jurídico desde una perspectiva sustantiva y no meramente formal. Este planteamiento, si bien respeta la autonomía de la voluntad de las partes, exige una especial vigilancia por parte de la Inspección de Trabajo y los órganos jurisdiccionales para evitar abusos que puedan desnaturalizar el derecho del trabajo y lesionar los derechos de los profesionales.

Debe subrayarse que la regulación del trabajo en el sector dental no puede desligarse de las transformaciones generales del mundo del trabajo, ni de la necesidad de preservar los principios estructurales del derecho laboral, especialmente el principio de protección. El riesgo de que se generalicen prácticas de externalización encubierta o de uso fraudulento del trabajo autónomo exige respuestas claras desde el ámbito normativo, doctrinal y judicial. Solo así podrá garantizarse un marco jurídico equilibrado que combine la flexibilidad empresarial con la tutela efectiva de los trabajadores, incluidos aquellos que prestan servicios en profesiones tradicionalmente liberales como la odontología.

En esta dirección, la evolución del mercado de trabajo en sectores tradicionalmente asociados a profesiones liberales, como es el caso de la odontología, exige una revisión del marco normativo vigente para garantizar una protección adecuada frente a prácticas que, bajo una apariencia de autonomía, encubren relaciones laborales de facto. A partir del análisis jurisprudencial y doctrinal realizado, se proponen algunas posibles líneas de actuación normativa.

En primer término, una clarificación legal del concepto de ajenidad y dependencia en sectores con autonomía técnica. Sería conveniente introducir en el ET una regulación específica o, al menos, criterios orientativos que refuercen la identificación de las notas de laboralidad en aquellos sectores (como el dental) donde la independencia técnica de los profesionales puede dificultar la calificación del vínculo. Esta precisión contribuiría a reducir la litigiosidad y a unificar criterios interpretativos.

En segundo lugar, una reforma del régimen jurídico del TRADE para limitar su utilización en contextos de falsa autonomía. Se propone una revisión del artículo 11 de la LETA con el fin de puntualizar y reforzar los requisitos materiales del TRADE, evitando que esta figura sirva como vía para desdibujar relaciones laborales. En especial, pudiéndose establecer una presunción de laboralidad cuando la prestación de servicios se realice de manera regular en las instalaciones del cliente, con medios materiales ajenos y sin capacidad real de negociación. Algo parecido a lo que ha ocurrido con los riders y su regulación.

Por otro lado, y desde una perspectiva de la administración pública en colaboración, quizás, con el Consejo General de Dentistas de España, la puesta en marcha de un registro específico de contratos TRADE en el sector dental. Para garantizar la autenticidad de las relaciones TRADE, podría implementarse un sistema obligatorio de registro de estos contratos ante los colegios oficiales y la autoridad laboral, con posibilidad de revisión o verificación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de los propios colegios. Este control permitiría detectar posibles fraudes en el uso de la figura y asegurar el cumplimiento de las condiciones legales exigidas.

Finalmente, un refuerzo claro de la negociación colectiva sectorial. Dada la casuística particular del sector dental, sería pertinente valorar la elaboración de una norma común en el marco de la negociación que delimite las condiciones mínimas para la contratación de odontólogos, así como los elementos determinantes para considerar la existencia de una relación laboral.

2
Informes y Documentos

INFORME DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA (AÑO 2025, 2º SEMESTRE)

REPORT ON ANDALUSIAN COLLECTIVE BARGAINING (YEAR 2025, 2ND SEMESTER)

Observatorio de la Negociación Colectiva
Universidad Internacional de Andalucía
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Coordinación:
JUAN MANUEL MORENO DÍAZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Equipo de trabajo:
FRANCISCO PINA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales,

JOSÉ MARÍA RUZ
Universidad de Córdoba

Y MARÍA D. VALDUEZA
Universidad Carlos III, de Madrid

TEMAS LABORALES núm.181/2026. Págs. 205-238

ÍNDICE

1. Introducción
2. Cláusulas convencionales recientes en materia de conciliación de la vida laboral y familiar
3. Los contenidos de los convenios colectivos en andalucía
   3.1. Materias clásicas abordadas por los negociadores
      3.1.1. Tiempo de trabajo
      3.1.2. Salario
      3.1.3. Contratación y Empleo
      3.1.4. Flexibilidad interna
      3.1.5. Seguridad y Salud
      3.1.6 Medidas de acción social
   3.2. Contenidos novedosos
      3.2.1. Formación
      3.2.2. Reglas sobre control empresarial mediante nuevas tecnologías y protección de datos
      3.2.3. Igualdad y protocolos de acoso laboral
      3.2.4. Desconexión digital
4. La incorporación de las recomendaciones y cláusulas tipo del carl en la negociación colectiva andaluza (2025): análisis jurídico de su recepción en los convenios colectivos
   4.1. Introducción y Metodología
   4.2. Análisis y Resultados
   4.3. Principales Resultados
   4.4. Conclusiones e Implicaciones

1. INTRODUCCIÓN

El estudio relativo a la negociación colectiva andaluza en el Segundo semestre de 2025 va a seguir los pasos que ya se dieron en los informes anteriores, es decir, hacer un estudio en dos bloques distintos: uno, el relativo a las materias clásicas abordadas por los negociadores (incluyendo dentro de ellas materias como el tiempo de trabajo, salario, contratación, flexibilidad, seguridad y salud y medidas de acción social), distinguiéndolas de aquellas otras materias, que denominamos "novedosas", y donde se incluyen aquellas relacionadas con la formación, las reglas empresariales de control en materia de protección de datos y nuevas tecnologías, la igualdad y la desconexión digital.

Además de todo ello, y por delante del abordaje de los mismos, se incluye un estudio de la profesora Patricio Nieto Rojas (Universidad Nacional de Educación a Distancia) titulado "Adaptación de jornada por motivos de conciliación familiar y negociación colectiva. Un binomio mal resuelto" y sus reflexiones al respecto, con independencia del análisis que se hace al final del informe sobre el comportamiento

de esta materia en los convenios colectivos andaluces en este semestre que acaba de finalizar.

Debe resaltarse desde este mismo momento que se pueden anticipar en el presente informe novedades respecto de los anteriores en relación con algunas materias en las que los convenios anteriores no habían entrado, prácticamente, y que en los de este semestre sí lo hacen, por ejemplo, en lo relativo a la desconexión digital.

2. ADAPTACIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN FAMILIAR Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. UN BINOMIO MAL RESUELTO

Patricia Nieto Rojas

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

La reforma legal operada en el art. 34.8 ET, a resultas de la Directiva 2019/1158, no solo se caracteriza porque amplía notablemente el elenco de personas que pueden justificar la petición de solicitud sino por la multiplicidad de medidas que se pueden solicitar al amparo de dicho precepto: entre otras, las de duración y distribución de la jornada (por ejemplo, inicio y final flexible de jornada, o parcialidad de la jornada distribuida a lo largo de la semana, del mes o del año sin alterar el número de horas contratadas pues, en tal caso, tendría que articularse como una reducción de jornada con los límites contenidos en el vigente art. 37.6 ET), las de ordenación del tiempo de trabajo (por ejemplo, jornada flexible, jornada continua o jornada partida) y las relativas a la forma de prestación, donde se hace una mención especial al trabajo a distancia.

La organización del tiempo de trabajo es un tema delicado y al tiempo conflictivo en el que confluyen intereses de la persona trabajadora derivados de sus necesidades de conciliación e intereses del empresario, derivados fundamentalmente de sus necesidades organizativas y productivas, de ahí que el legislador exige una actuación promocional por los negociadores sociales en aras a su regulación. Esta decisión legal supone, una vez más, una clara manifestación del retroceso de la fuente heterónoma en favor de la autonomía colectiva en la lógica de que esta es el instrumento idóneo para la gestión consensuada de las condiciones de prestación laboral en el ámbito de las relaciones laborales. Y aunque el tratamiento dispensado es francamente parco, (Nieto Rojas, 2025, 57-60), es necesario que dicha regulación paccionada se acomode a "criterios y sistemas

que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo".

A pesar de que nadie cuestiona que el papel que ha de desempeñar la negociación colectiva en el diseño de este tipo de fórmulas de trabajo flexible, todavía hoy el tratamiento negocial más frecuente es aquel que opta por transcribir el precepto estatutario y aunque no puede dejar de reconocerse que esta actuación sirve como exteriorización del compromiso de los agentes sociales con los derechos de conciliación no permite dotar a estos de contenido eficaz real. De la lectura de los textos convencionales y de los estudios publicados al respecto se deduce que las adaptaciones se centran, fundamentalmente, en facilitar la flexibilización en el inicio y finalización de la jornada y cuando esta es partida, en flexibilizar el tiempo de almuerzo, siendo muy poco relevantes las previsiones convencionales que atemperan el impacto de la jornada irregular sobre la vida familiar y personal de las personas trabajadoras. Y ello a pesar de que ya en el anterior Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se instaba al desarrollo de medidas integrales para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres mediante cláusulas de flexibilidad del tiempo de trabajo que posibilitasen que la actividad profesional de las personas con responsabilidades de cuidado no se viera penalizada por el ejercicio de los derechos de conciliación.

Todavía hoy son minoritarios los convenios y planes que han otorgado un contenido real al mandato contenido en el artículo 34.8 ET y ello a pesar de que el papel que la autonomía colectiva podría asumir a este respecto es amplísimo, significadamente respecto a la prelación de solicitudes o la determinación de soluciones autónomas para la resolución de controversias. Aisladamente este tratamiento se ha efectuado por algún convenio que establece límites máximos respecto a las concesiones de trabajo flexible y así, "dado el incremento que han experimentado las solicitudes de adaptación, que se concentran en su mayoría en el turno de mañana, se hace necesario encontrar un equilibrio entre las necesidades de las personas que solicitan la adaptación y las necesidades organizativas de la empresa, procurando al tiempo velar por el resto de las personas de la plantilla que no disfrutan de esa adaptación, a fin de que puedan tener una opción real de rotación entre los tres turnos de trabajo, dentro de la actividad de la empresa de 365 días al año, las 24 horas del día. Por ello, se acuerda establecer un cupo máximo de adaptaciones jornada del 15% en cada uno de los tres turnos de mañana, tarde y noche", CC Worldwide Flight Service, SA, Servicios Aeroportuarios de Carga, BOE núm. 65, de 14 de marzo de 2024. En el CC Compañía Logística Acotral, BOE núm. 140, de 13 de junio de 2022, también se contempla un porcentaje máximo de adaptaciones por departamento y en el caso de que hubiera más peticionarios que posibilidades adaptativas, prevalecerán aquellas solicitudes registradas en primer lugar.

La referencia del precepto a la regulación en la negociación colectiva de los términos del ejercicio del derecho de adaptación del art. 34.8 ET debe interpretarse

en el sentido de que se podrá regular de manera específica en cualquier herramienta fruto de la autonomía colectiva (convenio colectivo, acuerdo de empresa, plan de igualdad) y en dicho acuerdo contemplar los criterios a seguir para concretar precisamente un modelo equilibrado entre las necesidades de conciliación de la plantilla y las de organización de la empresa, de modo que a priori puedan establecerse las circunstancias a tener en cuenta para el estudio de la solicitud así como las vías para resolver en su caso las peticiones concurrentes mediante sistemas de preferencia basados en criterios que cumplan lo previsto en el art. 34.8 ET, esto es, que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas de uno y otro sexo. De este modo, aunque la norma no precisa esta cuestión, se ha señalado que dicha regulación convencional "deberá incluir los criterios relacionadas con límites organizativos o productivos relacionados con la actividad empresarial -horarios de apertura y cierre, franjas de superior volumen de trabajo, etc.- e incluso cuestiones como la fijación de requisitos para ordenar y reordenar en el tiempo el derecho al ejercicio de los derechos de conciliación entre las personas de la plantilla que lo soliciten —prioridad temporal estricta, criterios relacionados con la gravedad o urgencia de la necesidad de cuidado, familias numerosas, monoparentales, etc.. Por otra parte, también sería recomendable que en la norma colectiva se incluyese la regulación del procedimiento a seguir por parte de la plantilla a la hora de presentar la solicitud y negociar, conforme a sus previsiones, el alcance de la adaptación de jornada" (López Balaguer, 2024, 51).

Efectuadas estas precisiones, cabe cuestionar la legalidad de cláusulas convencionales que contemplan casi de manera automática la denegación de la petición de haberse alcanzado un número de adaptaciones. La negociación colectiva siempre ha de contar con la posibilidad de establecer criterios para la ordenación de las adaptaciones, presuponiendo que dicha concreción se ha efectuado ponderando los intereses en juego si bien dicha actuación no habilita a la empresa para ni siquiera estudiar petición, pues ha de tenerse en cuenta que estamos ante el ejercicio de un derecho individual, cuyo impedimento ha de obedecer a razones suficientemente justificadas, de manera que la petición debiera estudiarse en todo caso.

Convendría también que la negociación colectiva explorase fórmulas que permitieran el sometimiento a sistemas autónomos de solución de conflictos para solventar las múltiples controversias que de manera reiterada surgen. Lamentablemente es este un contenido poco frecuente, aunque sí que existen algunas excepciones en la negociación colectiva empresarial. A este respecto cabe aplaudir el acabado ejemplo que supone el CC Grupo Eroski, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2022, cuando dispone que las partes acordarán en el seno de la comisión paritaria un protocolo donde se fijen criterios objetivos de aplicación de las reducciones de jornada en función del tamaño del centro, el número de personas en la plantilla, número de reducciones por centro de trabajo, etc. Otros convenios prevén que, en caso de discrepancia entre la persona solicitante y la empresa, la solicitud se analice en el seno de la comisión de seguimiento e interpretación del

convenio[1] (en este caso, parece que esta segunda instancia revisora otorga un mayor control por parte de los representantes y garantiza que las denegaciones empresariales no puedan ser arbitrarias). Por su parte, en el CC Comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, BOE núm. 229, de 23 de septiembre de 2022 se contempla alguna garantía adicional en el procedimiento de negociación, toda vez que "en el supuesto de solicitarlo la persona trabajadora, la empresa informará a los representantes del inicio del periodo de negociación, dándoles traslado del escrito de solicitud" para seguidamente contemplar que "la persona solicitante podrá requerir la presencia de un representante en el proceso de negociación", y en caso de desacuerdo y de haberse solicitado por la persona trabajadora la presencia en el proceso negociador de un representante legal, este último podrá emitir informe al respecto, solución que nos parece especialmente plausible para evitar la judicialización del asunto mientras que el CC industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2023 establece que "las personas, en los términos previstos legalmente, tendrán derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de manera individual para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En caso de discrepancia, las partes acuerdan someterse a la mediación de la Fundación SIMA mediante los instrumentos que la Fundación tiene al efecto" aunque conviene recordar que todavía hoy no se han impulsado sistemas de mediación individual a nivel estatal.

A pesar de la tibieza en la respuesta colectiva, los convenios o pactos de igualdad resultan instrumentos sumamente útiles para que, de manera objetiva y sobre todo previa, puedan delimitar los términos de ejercicio de un derecho que incide, de una parte, directamente sobre el sistema de organización de las condiciones de trabajo del conjunto de la plantilla y, de otra parte, sobre la forma en la que el principio de igualdad y no discriminación en su vertiente de superación de los roles y estereotipos de género se aplica a la relación de trabajo. De este modo, no cabe duda de que la trascendencia de la materia requiere de esa negociación "en frío", esto es, fuera, por ejemplo, de la realidad de una solicitud concreta concurrente con otras, que permita el diseño de una dinámica que debería facilitar las cosas tanto a la plantilla como a la propia empresa y que se construya conforme a reglas objetivas que permitan y favorezcan el ejercicio del derecho en clave de corresponsabilidad. En este sentido, se pronunciaba específicamente el V AENC cuando refería que los convenios debieran "desarrollar los términos del ejercicio del derecho a solicitar la adaptación de jornada, concretando los principios y reglas

[1] CC Grupo Endesa (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2025). También remite a la comisión paritaria la resolución de la discrepancia el CC Eltec It Services, SLU (BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2025) mientras que el CC Thales España GRP (BOE núm. 145, de 18 de junio de 2022) directamente señala que "la Comisión de Conciliación/Igualdad/Asuntos Sociales estudiará las peticiones de horarios de las personas trabajadoras que se separen del horario ordinario acordado con los representantes de las personas trabajadoras".

para la concesión de dichas adaptaciones, su reversión y los plazos de contestación a las solicitudes, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral", instando a que los convenios colectivos se ocupen de arbitrar sistemas equilibrados y equitativos para el ejercicio de estos derechos y de resolución de los conflictos interprofesionales, que siempre van a acompañarlos, difíciles de calibrar en sede judicial. A este respecto, el CC de la empresa Fidelis Servicios Integrales, SLU, BOE núm. 143, de 14 de junio de 2025, regula un derecho de asignación de turno fijo por motivos de conciliación, dado que la mayoría de los centros de trabajo se prestan servicios las 24 horas del día y los 365 días del año a través de un sistema de turnos rotativos de mañana, tarde y noche. Pues bien, contempla este acuerdo que "con la finalidad de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la empresa, de acuerdo con las necesidades organizativas y productivas del servicio, podrá asignar a las personas trabajadoras que lo soliciten a un turno fijo. La solicitud se presentará en el Departamento de Recursos Humanos con, al menos, treinta días de antelación y para su concesión se analizarán los aspectos siguientes:

– La rotación actual de los turnos en el servicio, área o sección del centro de trabajo en el que se solicita y las modificaciones que supondrían su autorización.
– Las posibilidades de conciliación del/la cónyuge o pareja.
– La posible limitación de los derechos de conciliación de sus compañeros/as de servicio, área o sección del centro de trabajo.

  La situación familiar (descendientes y/o ascendientes con dependencia) de las personas trabajadoras del servicio, área o sección que puedan verse afectadas por la asignación de la jornada.
– La posibilidad de plantear un asignación o distribución de jornada distinta, que se pueda adaptar a las necesidades de la persona y de la empresa.
– La posibilidad de cambio de puesto de trabajo que permita autorizar la asignación o distribución de jornada solicitada.

La aportación de la información solicitada por la empresa referida a las posibilidades de conciliación del/la cónyuge o pareja y la situación familiar de descendientes y/o ascendientes con dependencia, será voluntaria para las personas trabajadoras. Una vez analizados todos los aspectos señalados, se elaborará un informe que se presentará a la representación legal del personal para su consulta".

Adicionalmente, para la concesión de la asignación y/o distribución de la jornada se aplicarán los criterios siguientes:

– Siempre que la persona trabajadora no esté contratada para trabajar en un turno fijo.
– Siempre que no se obligue a otra persona trabajadora a quedar asignada a un turno fijo de forma obligatoria.

– Siempre que no se limite el derecho de otra persona trabajadora que lo pueda solicitar con posterioridad.
– Siempre que no se perjudique, de forma sustancial, la rotación en los distintos turnos del resto del personal y que no suponga la modificación del sistema de turnos pactado en la empresa.
– En los supuestos de denegación de la solicitud, y con carácter previo a la presentación de la reclamación ante la Jurisdicción Social, la persona trabajadora deberá presentar la reclamación ante la comisión de seguimiento del Plan de Igualdad, que deberá alcanzar un acuerdo o dictar una resolución en el plazo máximo de diez días laborables.

Por último, la empresa notificará a la persona trabajadora, por escrito, la contestación a su solicitud y en el supuesto de que no se pueda conceder se expondrán las razones de la decisión y, a la vez, se comunicará a la representación legal del personal.

Como recientemente ha recordado la STS 24 de septiembre de 2025, Rº 917/2024, las últimas reformas han consagrado una "profundización en los derechos de conciliación en el ámbito de la relación laboral que ha seguido nuestra legislación. Como ha señalado la doctrina, consagra una especie de flexibilidad inversa en dicho ámbito, de modo que no es el empleador quien ve aumentados sus poderes directivos, sino que la persona trabajadora aparece como titular de un derecho". Es más, de no prever el convenio o el plan de igualdad ninguna regulación que pueda poner fin a la controversia respecto a la solicitud de adaptación presentada por la persona trabajadora, la empresa está obligada, por ley, "a abrir un periodo negociador en los términos contemplados en el art. 34.8 ET. La norma no le autoriza a dar respuesta directa con una decisión negativa, aunque sea motivada, ni siquiera con propuestas alternativas, pues estaría eludiendo la obligada apertura del periodo negociador que la norma erige como un elemento dinámico integrante del derecho a la adaptación de jornada que tiene la persona trabajadora que lo solicita, orientado a garantizar su viabilidad y, en su caso, su efectividad". Está interpretación judicial, la única posible a la luz de los derechos implicados, exige de manera urgente que los agentes sociales entren a regular colectivamente el art. 34.8 ET y, especialmente, fijen procedimientos autónomos para la resolución de las controversias, evitando su judicialización.

3. LOS CONTENIDOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN ANDALUCÍA

3.1. Materias clásicas

3.1.1. Tiempo de Trabajo

a) Convenios de sector

El tratamiento por parte de los convenios colectivos andaluces en este segundo semestre del año en curso de la materia del tiempo de trabajo continúa siendo la más tratada en los mismos, junto con la retribución.

Prácticamente, el 100% de los convenios incorpora cláusulas relativas a dicha materia. Y ello es lógico, si se tiene en cuenta que una de las principales preocupaciones del trabajador es, precisamente, ésta. Por tanto, como decimos, la práctica totalidad de los convenios de sector recoge cláusulas que satisfacen esta preocupación del trabajador.

En dicho campo hay que incluir, no solo a la jornada, sino también otras cláusulas que recogen la regulación de los permisos (retribuidos o no), causas de suspensión, excedencias, entre otras materias. Por tanto, es una regulación interesante la que se hace de un tema tan importante.

b) Convenios de empresa

Algo parecido sucede en los convenios de empresa. La práctica totalidad de los mismos va a contener cláusulas referentes al tiempo de trabajo. Y también, la mayor parte de ellas, lo hace con independencia de la regulación que se haya hecho en su convenio sectorial, sino con una regulación propia, adaptada a la situación y requerimientos de cada empresa, lo cual es de valorar por el esfuerzo de los negociadores de adaptar dicha materia al ámbito en cuestión.

En concreto, el 100% de los convenios de empresa firmados en este segundo semestre contempla normas reguladoras del tiempo de trabajo, y lo hacen en un sentido parecido al que se ha descrito para el ámbito sectorial. Es decir, incluyendo cláusulas relativas a la jornada, por supuesto, pero también a suspensiones, excedencias, permisos (retribuidos o no), vacaciones, etc.

Por tanto, en relación con esta condición de trabajo, los convenios andaluces siguen en la misma línea de los anteriores, con una regulación profusa del tiempo de trabajo.

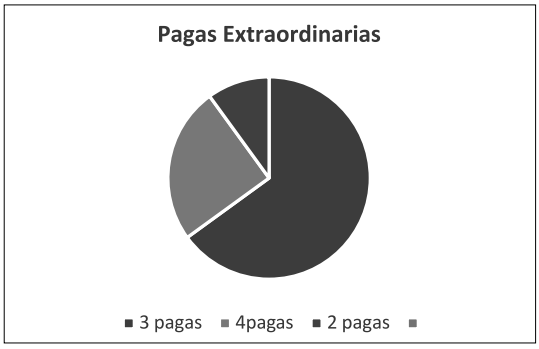
3.1.2. Salario

a) Convenios de sector

Las retribuciones básicas, establecidas en función de la categoría, el grupo o el nivel, se recogen en las Tablas salariales de todos los Convenios Colectivos

(CC). Por lo que se refiere a la revisión salarial durante el tiempo de su vigencia se establecen diversas fórmulas de actualizar el salario, a saber: fijan su revisión salarial conforme a un porcentaje determinado del IPC un 22%, mientras que un 78 % establecen un porcentaje fijo anual, si bien algunos de ellos (un 27 %) contemplan una cláusulas de revisión salarial para el supuesto de que dicho IPC fuera superior a la subida señalada.

En cuanto a las pagas extraordinarias, el 65 % establecen tres pagas, el 25% señala cuatro y, finalmente, el 10% contempla solo 2.



Por lo que se refiere a los complementos retributivos, es importante señalar en qué sectores se han publicado los convenios colectivos de este segundo semestre, porque con ello se dimensiona los diferentes tipos de pluses .En este sentido, de los 20 CC publicados, el 30 % son de limpieza; 20% son de comercio, 15% de transporte (viajes o mercancías), 10% de oficinas y despachos; 10% de industria, 5% de pompas fúnebres, 5% de contratos públicos de servicios deportivos; 5% distribuidores de Butano..

Pues bien, el 75 % de los CC analizados recoge el plus de antigüedad, aunque lo hace de manera muy diversa; así, el 67 % contempla la aplicación de un porcentajes del salario teniendo en cuenta los trienios, cuatrienios o quinquenios, mientras que otro grupo de CC. (un 33%) aplica este complemento en consideración a una escala de años (por ej. de 5 a 25 años en el CC. Provincial de la Hostelería de Cádiz; desde el mes 25 en el caso del CC. Provincial del comercio de Córdoba, desde el primer mes lo recoge el CC. de Pompas Fúnebres de Sevilla y Provincia).

En lo que hace a otros pluses, el 75 % de los CC. contemplan el de transporte ; el 60% alude al de nocturnidad; el 35 % recoge el de quebranto de moneda y en ese mismo porcentaje se recoge el plus de penosidad. También, empieza a adquirir un relieve considerable el plus de asistencia (35 %) como lucha contra el problema del absentismo.

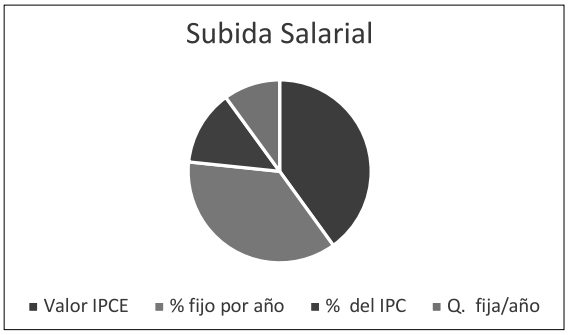
Por lo que se refiere al plus de festivos se contempla en el 20% de CC. examinados mientras que solo el 15 % tienen en cuenta la turnicidad. Ya de manera mucho más residual se encuentran los siguientes pluses: desgaste herramientas

(10%), plus por responsabilidad y especialidad (10%), plus de pantallas (5%), plus de teletrabajo (5%), plus reparto (5%) y, por último, el plus impartición de clases (5%) en el caso del CC. del Sector Contratos Públicos Servicios Deportivos.

b) Convenios de empresa

Al igual que en los convenios colectivos del sector, las retribuciones básicas, establecidas en función de la categoría, el grupo o el nivel, se recogen en las Tablas salariales de todos los CC.

Por lo que se refiere a la actualización salarial, se contemplan diferentes sistemas durante la vigencia del convenio. En un 21,42% se establecen los incrementos salariales aplicando directamente el valor del IPC; en otros casos se señala un valor porcentual fijo para los años sucesivos, así ocurre en un 19,6%. También, en un 7,14 % de los convenios, se señala un porcentaje sobre el valor del IPC ; y, finalmente, en algunos (4,8%) se fijan las cantidades salariales para cada año de la vigencia del convenio.



Hay otro sistema – que se contempla en un 17,85% de los convenios - que puede denominarse como mixto, en tanto que, aunque se establece un porcentaje fijo para cada año, posteriormente es revisado de conformidad con el valor alcanzado por el IPC.

Con todo, no está de más advertir que algunos de los CC. del semestre analizado se refieren al personal laboral de entidades de carácter púbico. Es por ello, que hay un 25,8 % de CC que se actualizan de conformidad con la Ley de Presupuestos Generales del Estrado (LPGE) y un 1,6 % con los presupuestos autonómicos (en concreto es el caso del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico).

Tratándose de las gratificaciones de carácter extraordinario, el 48,4% tiene las reglamentarias, esto es, 2 pagas; el 35,5% recogen 3 pagas y solo el 16,1 contemplan 4 pagas.

Como es indiscutible, existe una gran diversidad de complementos retributivos en función de la propia actividad que desarrolla cada una de las empresas analizadas. En este sentido, los más recurrentes son los siguientes: a) la antigüedad (casi un 60%), en sus diferentes modalidades, esto es, por años, bienios, trienios, cuatrienios o quinquenios.; b) el plus de nocturnidad, en un 53,22%; c) el plus de transporte, que se recoge en un 45,16%; d) el plus por trabajos tóxicos, penosos y peligrosos, en un 32,25%; e) el plus de festivos en un 27,42%; f) el de turnicidad en el 17,7%; g) el plus de quebranto de moneda queda reflejado en un 14,4%, al igual que el de disponibilidad y productividad.

Ya advertíamos, en los convenios del sector, de una mayor presencia del plus de asistencia, como medida preventiva del temido absentismo, pues alcanza casi un 33% y también el plus que valora el desempeño de las funciones del trabajador (42%), bien por su dificultad (p.ej. el caso del conductor que también es cobrador o de quien tiene que *salir a la mar*) o , por la responsabilidad que supone el propio cargo (liderazgo, dirección, mandos intermedios, etc.). Curiosamente, la formación no tiene una especial relevancia en orden a los complementos salariales (solo un 6,45 %) y tampoco las jornadas partidas o irregulares (apenas un 6 %). Resulta novedoso, y muy interesante, el complemento por residir en una gran ciudad, contemplado en el CC. de Nutrihealth Company Spain S.L. Asimismo, es de todo punto cuestionable –en orden a la salud laboral– el denominado plus *solap*e de enfermeras y enfermeros, contemplado en el CC. Hospital San Juan de Dios de Córdoba.

Finalmente, en tanto que 8 CC – de los 62 analizado - se refieren a Ayuntamientos (12,90%), los complementos siguen la lógica retributiva que se contempla para los funcionarios públicos que, como es sabido, se compone, por un lado, de las partidas básicas (salario, trienios y pagas extras) en función de los grupos y que se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; y, por otro , de las complementarias que se desglosan en el complemento de destino (según el nivel), el especifico (según el puesto) y la productividad (según el rendimiento).

3.1.3. Contratación y Empleo

a) Convenios sectoriales

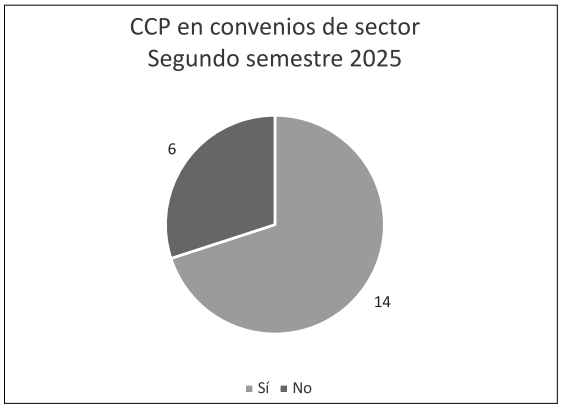
Con carácter general, los convenios sectoriales publicados entre julio y diciembre de 2025 prestan notable atención a la contratación y empleo, abordando diversidad de aspectos.

El periodo de prueba se regula en 6 de los 20 convenios sectoriales publicados en el segundo semestre de 2025, lo que supondría un 30%. Conviene destacar el convenio del comercio de Córdoba, que establece un periodo de prueba ciertamente reducido, en comparación con la regulación supletoria del estatuto. Dicho convenio establece un periodo de prueba para personal titulado de 45 días y de 20 días a personal no cualificado, que se reduce a 10 días en el supuesto de un contrato temporal.

En cuanto al empleo protegido, 5 de los 20 convenios sectoriales reiteran la cuota de puestos de trabajo a personas con discapacidad del 2% impuesta legalmente; mientras que un texto, el convenio de comercio de Córdoba amplía el porcentaje al 3%. Continuando con el empleo protegido, en este caso respecto a personas de edad avanzada, el convenio de hostelería de Cádiz establece una indemnización adicional cuando se extinga la relación laboral de una persona con más de 60 años. Asimismo, algunos textos recogen la obligatoriedad de adaptar el puesto de trabajo a las personas con discapacidad, incluso a personas con capacidades diferentes; respectivamente el convenio del comercio de Córdoba y el convenio de la industria del metal de Cádiz.

Entre los convenios del segundo semestre del 2025 es posible localizar diversas cláusulas dirigidas a favorecer la estabilidad en el empleo. Destaca la heterogeneidad de las propuestas, entre las que se encuentran, primero, el establecimiento de comisiones específicas al efecto, presentes en el convenio de limpieza de edificios y locales no sanitarios de Granada y en el convenio industria metal de Cádiz; segundo, la imposición de indemnizaciones adicionales por fin de contrato, véase el convenio hostelería de Cádiz y convenio industria metal de Cádiz y, tercero, el establecimiento de porcentajes máximos de contratación temporal, recogido en el convenio de hostelería y convenio de la industria del metal, ambos de Cádiz.

La negociación colectiva a nivel sectorial ha prestado especial atención a los contratos de duración determinada, concretamente al contrato por circunstancias de la producción. Esta última modalidad contractual ha sido abordada por 14 de los 20 convenios publicados en el segundo semestre de 2025, lo que supone un 70% del total.



Uno de los aspectos más llamativos al respecto reside en que la totalidad de los convenios que se refieren al contrato por circunstancias de la producción amplían la duración de dicha figura contractual, haciendo uso de la habilitación legal del art. 15.2 ET. La mayor parte de las cláusulas al efecto extienden la duración máxima del contrato por circunstancias de la producción a 12 meses, salvo algún texto que lo amplia a 9 meses y 10 meses, respectivamente el convenio del sector de contratos públicos de servicios deportivos de Andalucía y el convenio de industria del metal de Cádiz.

De igual modo, desde la negociación sectorial se ha pretendido concretar el supuesto de hecho del contrato por circunstancias de la producción. Con el propósito de cuantificar el criterio de la ocasionalidad, el convenio de limpieza de aviones de Málaga sostiene que "se tomará como referencia la plantilla estable necesaria para cubrir la programación de vuelos del mes de febrero de cada año". A nivel crítico, convendría mencionar el convenio de limpieza de locales de Córdoba. A título enunciativo, dicho texto menciona las "actividades organizativas de carácter estacional"; materia reservada a la contratación fija discontinua. En esta misma dirección, el convenio de pompas fúnebres de Sevilla incluye en el supuesto de hecho "permisos, licencias y excedencias voluntarias"; supuestos propios del contrato de sustitución.

El contrato fijo discontinuo recibe una constante atención por parte de la negociación colectiva sectorial. Es posible localizar cláusulas al respecto en 12 de los 20 convenios publicados el segundo semestre de 2025. El aspecto más reiterado es la regulación y concreción del llamamiento, presente en 11 de los 20 convenios. La totalidad de los convenios que regulan el llamamiento establecen la antigüedad como criterio de ordenación. Adicionalmente, ciertos convenios combinan la antigüedad con otros criterios, tales como la categoría profesional, véase el convenio de oficinas y despachos de Jaén, el convenio de comercio en general de Jaén y el convenio del transporte de mercancías de Málaga. Por otro lado, 6 convenios regulan el periodo mínimo del llamamiento, que va de los 15 a

los 4 días de antelación. Finalmente, 2 convenios establecen un número mínimo de tres llamamientos, concretamente los convenios de comercio en general y comercio de metal y electricidad de Jaén.

Junto a lo anterior, varios convenios sectoriales perfilan y concretan el supuesto de hecho del contrato fijo discontinuo. Tal pretensión se lleva a cabo a través de diversas propuestas, entre las que conviene destacar el convenio de hostelería de Cádiz, que propone la conversión del contrato eventual al contrato fijo discontinuo cuando se superen ciertos márgenes temporales. Por otra parte, el convenio de limpieza de edificios y locales no sanitarios de Granada excluye la aplicación del contrato fijo discontinuo ante "trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la empresa", decantándose por el contrato indefinido a tiempo parcial. Igualmente, cabría mencionar una cláusula del convenio de limpieza de Cádiz, según la cual las patronales se comprometen a solicitar a sus empresas clientes, colegios y universidades, la posibilidad de ampliar los servicios a 12 meses.

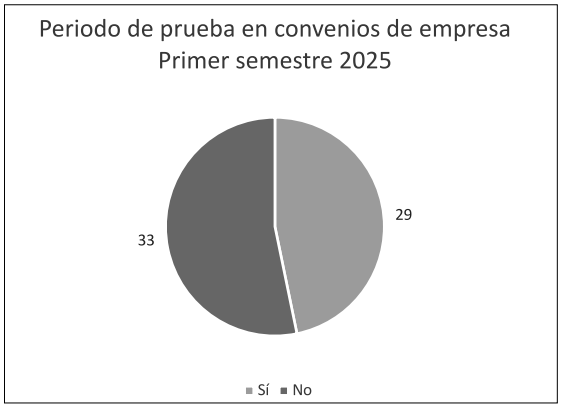
En otro orden de cosas, 5 de los 20 convenios, permiten la celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial. Entre dichos textos, únicamente el convenio de hostelería de Cádiz establece garantías adicionales, mediante la imposición de un periodo mínimo garantizado de 3 meses y una jornada mínima de 20 horas semanales. Finalmente, un solo texto, el convenio del metal de Cádiz, aborda expresamente el plazo de inactividad de recolocación entre subcontrataciones, que se extiende a 6 meses.

El trabajo a tiempo parcial es objeto de atención por parte de 7 de los 20 convenios examinados. Con carácter general, es posible advertir garantías específicas al respecto, como la obligatoriedad de realizar jornadas continuadas cuando la jornada ordinaria sea inferior a 4 horas, recogida en el convenio de comercio de Córdoba o el establecimiento de una jornada mínima de cuatro horas diarias, con algunas excepciones, presente en el convenio de transporte de mercancías de Málaga.

El porcentaje de horas complementarias ha sido abordado por los 7 convenios que regulan el tiempo parcial. Las soluciones aportadas al respecto son diversas, desde la reiteración del 30% que establece supletoriamente el estatuto, véase el convenio de oficinas y despachos de Cádiz, pasando por su ampliación al 50%, como plantea el convenio servicios deportivos de Andalucía, hasta llegar al 60%, máximo permitido por la norma estatutaria, según el convenio de transporte de mercancías de Málaga. Asimismo, cabe destacar que los cuatro convenios restantes establecen porcentajes distintos en función de si las horas complementarias son pactadas o voluntarias. Desde otra perspectiva, 3 convenios reiteran el plazo de tres días establecido supletoriamente por el estatuto respecto al preaviso para realizar las horas complementarias.

b) Convenios de empresa

La regulación sobre el periodo de prueba se encuentra presente en 29 de los 62 convenios de empresa publicados en el segundo semestre de 2025, lo que representa un 47% del total. Frente al 30% del ámbito sectorial, la atención respecto a los periodos de prueba aumenta en la negociación a nivel empresarial. Resulte pertinente anotar que 21 de los 29 convenios mantienen el periodo de prueba para categorías superiores en 6 meses, coincidiendo con la regulación supletoria del estatuto. En el segundo semestre de 2025 únicamente se ha localizado un convenio, referente a la empresa 4 GASA, S.L., que amplía dicho límite a los 8 meses. Adicionalmente, convendría señalar una cláusula contenida en el convenio de Iveralso, S.L., en virtud de la cual la movilidad funcional justifica la imposición de un nuevo periodo de prueba. Por otro lado, se ha localizado un convenio colectivo que hace uso de la habilitación legal que permite ampliar la duración del periodo de prueba en el supuesto de contratos de duración determinada: el convenio de la Fundación de la Universidad de Almería extiende el plazo de 1 a 2 meses.



Respecto al empleo protegido, destaca la escasa presencia de cláusulas al respecto, presentes en 8 de los 62 convenios examinados. Con carácter general, dichas cláusulas establecen el compromiso de adaptar el puesto de trabajo ante situaciones de pérdida de capacidad y/o trabajadores de edad avanzada. A modo de muestra, véanse los convenios de Hospital la Inmaculada Grupo HLA, Ayuntamiento de Cádiz, Ayuntamiento de Alcalá la Real.

La estabilidad en el empleo constituye una materia escasamente abordada por los convenios de empresa del segundo semestre de 2025. Apenas se localizan 6 cláusulas al respecto, lo que no llega al 10% respecto al total de 62 convenios. No obstante, conviene destacar alguna cláusula relevante, tal como la limitación de no superar el 20% de contratación eventual, presente en el convenio de Star Container Spain, S.A. o el compromiso de realizar nueve contrataciones a tiempo indefinido, según el convenio de tranvía de Cádiz a San Fernando y Carraca, S.L.

En cuanto a los contratos de duración determinada, resulta llamativa la escasa atención dispensada por parte de los convenios de empresa examinados. El contrato por circunstancias de la producción se regula en 16 de los 62 convenios examinados. Más aún, 10 de tales textos amplían la duración de dicha modalidad contractual hasta los 12 meses, aunque se trata de una habilitación reservada a la negociación sectorial. Cabría señalar una cláusula, extraída del convenio del tranvía de Cádiz a San Fernando y Carraca, S.L., que, a pesar de reconocer expresamente la reserva a la negociación sectorial, introduce la ampliación: "En tanto se regule en el convenio colectivo de ámbito sectorial correspondiente las cuestiones que el Real Decreto-ley 32/2021 remite a este, se podrá ampliar hasta un año la duración máxima de los contratos de duración determinada por circunstancias de la producción". En sentido contrario, un convenio colectivo, concretamente el referente a Casado Sierra Granadina, S.L., reduce la duración máxima del contrato por circunstancias de la producción a 3 meses, aunque el art. 15.2 ET establece una duración máxima de 6 meses. Finalmente, resulta pertinente valorar positivamente una serie de cláusulas que perfilan y concretan el supuesto de hecho del contrato por circunstancias de la producción, recogidas en los convenios de Asociación Deportiva Club de Golf Aloha, Grupo Fundación Bancaria Unicaja y Valeo España S.A.U. Por su parte, las referencias al contrato de sustitución son meramente residuales. Únicamente 3 convenios se refieren a dicha modalidad contractual, limitándose a reiterar el plazo de tres meses, establecido supletoriamente por el legislador, respecto a los supuestos de cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción.

En concordancia con el apartado anterior, el contrato fijo discontinuo tampoco ha recibido especial atención por parte de los convenios de empresa. Únicamente se han localizado 5 convenios con cláusulas al respecto, lo que representa un 8% respecto al total de 62 convenios. En cualquier caso, conviene mencionar tres convenios que plantean una interesante identificación del supuesto de hecho. Se trata de los convenios de La Perla Food Innova S.L.U., Casado Sierra Granadina, S.L. y Cervezas Alhambra, S.L. Por otro lado, únicamente 4 convenios regulan el llamamiento, coincidiendo en la antigüedad como criterio de ordenación y estableciendo preavisos de entre 4 y 7 días. Finalmente, se ha localizado una cláusula, contenida en el convenio de Ilunion Lavanderías, S.A.U. en la provincia de Granada, según la cual la empresa deberá elaborar un "escalafón anual del personal fijo-discontinuo". Se trata de una medida próxima al censo anual que menciona el art. 16.5 ET, nuevamente reservada a los convenios sectoriales; lo que podría explicar, como mera hipótesis, el cambio de denominación de censo a escalafón.

Finalmente, el trabajo a tiempo parcial está presente en 5 de los 62 convenios analizados. Aunque escasas, se identifican cláusulas de interés dirigidas a establecer jornadas mínimas o porcentajes máximos de contratos a tiempo parcial; respectivamente convenio de Admital Intermediary Services, S.A.U. y convenio de Novo Santi Petri, S.A. Por otra parte, es posible identificar cláusulas que amplían

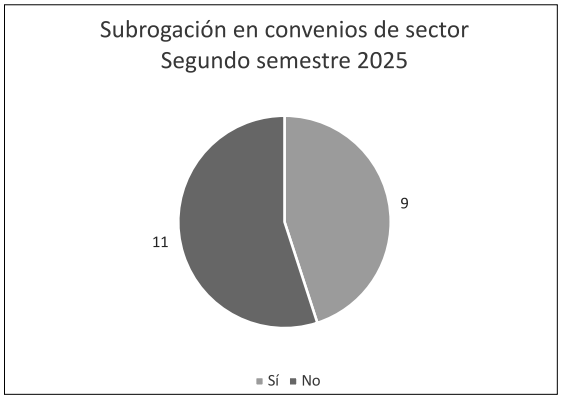
el porcentaje máximo de horas complementarias al 50 y 60%, respectivamente los convenios de Nuevas Iniciativas Sociales, S.L. y Grupo Fundación Bancaria Unicaja.

3.1.4. Flexibilidad interna y garantías por cambio de empresario

a) Convenios sectoriales

Las medidas de flexibilidad interna no tienen una presencia destacada en los convenios sectoriales del segundo semestre de 2025. Respecto a la movilidad geográfica, cabría mencionar el establecimiento de un complemento económico del 15% según el convenio de servicios deportivos de Andalucía. De igual modo, la movilidad funcional tampoco ha recibido una excesiva atención por parte de la negociación sectorial, aunque sí es posible identificar cláusulas de interés. Los convenios de limpieza de Córdoba y limpieza de edificios no sanitarios de Granada permiten la consolidación como consecuencia de la movilidad funcional ascendente. En un sentido similar, el convenio de hostelería de Cádiz impone, no la consolidación de la categoría, sino la generación de una nueva vacante. En materia de flexibilidad interna, el contenido más reiterado han sido las cláusulas de inaplicación, presentes en 9 de los 20 convenios objeto de análisis.

Las diversas instituciones que componen las garantías por cambio de empresario han recibido un tratamiento diferenciado. La subrogación representa una de las materias más tratadas por la negociación colectiva del segundo semestre de 2025, presente en 9 de los 20 convenios sectoriales. Aunque algún convenio se limita a remitirse al convenio sectorial estatal, la mayor parte de los convenios sí regulan expresamente, y usualmente de modo extenso, la subrogación de personal. En dichas cláusulas, la efectiva subrogación se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos, vinculados a la duración o condición del trabajador en la empresa saliente. Finalmente, se observa que dichas cláusulas son especialmente frecuentes en ciertos sectores, como por ejemplo la limpieza.



Respecto a las contratas y subcontratas, los convenios colectivos no plantean directamente una ampliación de las garantías estatutarias. No obstante, es posible localizar una interesante cláusula, según la cual "las mejoras establecidas en el presente Convenio repercutirán en el porcentaje que corresponda en las contratas actuales", presente en los convenios de limpieza de Córdoba y limpieza no hospitalaria de Granada.

Una conclusión similar se puede extraer respecto a la regulación sobre empresas de trabajo temporal. No se localizan cláusulas al respecto, salvo en el convenio de limpieza de edificios y locales de Cádiz, que reduce el plazo de 10 a 3 días respecto al derecho de información contenido en el art. 9 de la LETT.

b) Convenios de empresa

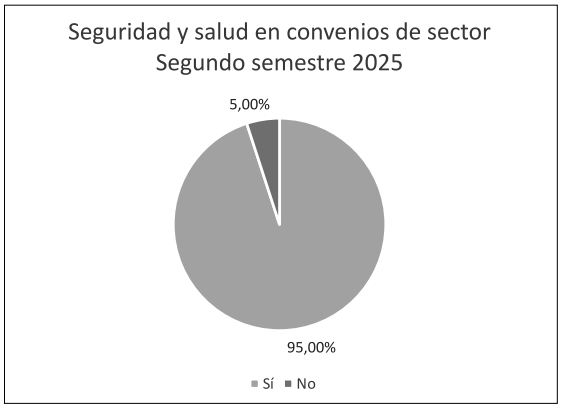
Las medidas de flexibilidad interna han recibido mayor atención por parte de los convenios de empresa, en comparación con la negociación a nivel sectorial. El contenido más reiterado ha sido la movilidad funcional, presente en 24 de los 62 convenios examinados, lo que supone cerca del 40% del total. Entre las cláusulas más relevantes convendría destacar, de un lado, la consolidación de la categoría superior tras un determinado plazo, presente en los convenios de Ilunion Lavanderías, S.A.U. en la provincia de Granada, Grupo Energético De Puerto Real, S.A., UTE Envases Ligeros Málaga y Empresa Municipal de Aguas de Málaga, S.A., y de otro lado, la limitación temporal respecto al desempeño de una categoría inferior, contenida en los convenios de Ayuntamiento de Bedmar y Garcíez, Ayuntamiento de Alcalá la Real e Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico.

Las garantías por cambio de empresario no representan una materia con una incidencia significativa entre los convenios de empresa del segundo semestre de 2025. A nivel comparativo, la subrogación de personal constituye el contenido más reiterado, aunque, en la práctica, únicamente se han localizado 10 convenios de empresa que contengan cláusulas a tal efecto. Entre dichos textos, 5 se remiten al convenio estatal y 1 se remite directamente al art. 44 ET. Las referencias a la externalización productiva son ciertamente escasas, lo que no impide localizar ciertas cláusulas de interés. De un lado, el convenio Star Container Spain, S.A. identifica una serie de tareas susceptibles de ser subcontratadas. La subcontratación del resto de actividades debe ser acordada con la Comisión Mixta Paritaria. De otro lado, el convenio de Valeo España, S.A.U. recoge el compromiso empresarial de realizar contrataciones directas, en detrimento del recurso a las empresas de trabajo temporal.

3.1.5. Seguridad y Salud en el trabajo

a) Convenios de sector

En relación con la seguridad y salud en el trabajo, los convenios de sector hacen un tratamiento parecido a la jornada, es decir, la práctica totalidad de los mismos (95%) contienen cláusulas relativas a dicha materia.

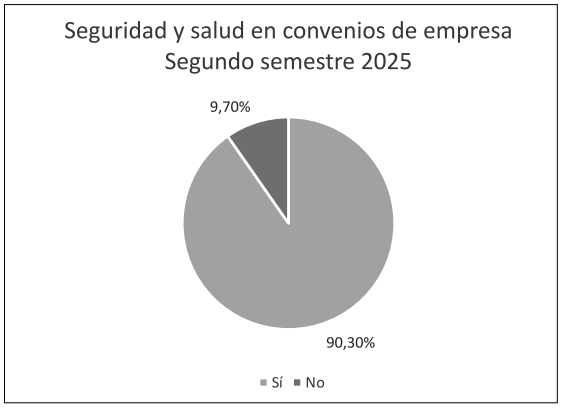


Solamente hay un convenio en el que no se hace alusión a la seguridad y salud, que es el de Transporte Sanitario de la provincial de Cádiz. En el resto, siempre hay alguna cláusula desarrollando dicha materia.

En lo que hace al contenido de los mismos, las cláusulas están normalmente referidas a los órganos de representación en seguridad y salud y a la vigilancia de la salud. Hay, no obstante, algún que otro convenio que contiene un tratamiento distinto, mencionando la obligación de los trabajadores de formarse en dicha materia (CC de Transportes de Mercancías de Málaga).

b) Convenios de empresa

También es muy alta la proporción de convenios de empresa que contienen cláusulas relativas a la seguridad y salud. Del total de los convenios publicados en este semestre, la inmensa mayoría (90,3%) también van a hacer referencia a esta materia. Únicamente seis convenios han dejado de incluir referencias a estos contenidos, lo cual revela la importancia que los negociadores dan a estas cuestiones.



En relación con los contenidos, pasa un tanto de lo mismo que ocurre en los convenios de sector. La mayor parte de ellos hace referencia a la participación de los trabajadores, a través de los órganos representativos que la Ley de Prevención prevé, y también a la vigilancia de la salud.

Igualmente, en los convenios de empresa, aunque en menor medida que en los sectoriales, hay cláusulas que también contienen referencias a otros aspectos, como la formación o la entrega a los trabajadores de equipos de protección, y algunos también se refieren a la prevision por parte de la empresa de un plan de prevención (Ayuntamiento de Morón de la Frontera) o a la incorporación de medidas convencionales relativas a la adaptación del puesto de trabajo a los trabajadores que han perdido facultades y no pueden seguir desarrollando su puesto de trabajo (CC Ayuntamiento de Cortes y Graena).

3.1.6. Medidas de acción social

a) Convenios de sector

El 95 % de los CC. analizados recoge el complemento de la acción protectora del sistema de seguridad social en una situación de incapacidad temporal; no obstante, en el 53% de los supuestos se establecen diferenciaciones considerables en función de una serie de circunstancias, tales como, el número de bajas o la contingencia de que se trate.

Asimismo, en el 75 % de los CC. estudiados se recoge como mejora el concertar una póliza de seguros que cubra las situaciones de muerte e incapacidad, si bien es verdad que la cobertura concreta de dicha póliza va a variar de un CC. a otro, lo cual tiene su lógica debido a la diversidad de sectores que se contemplan. Dichas primas son por cuenta de la parte empleadora y solo en uno de ellos los trabajadores y trabajadoras deben abonar el 40% de la prima (CC. de Limpieza de locales y edificios provincia Córdoba).

Por lo que se refiere a las ayudas sociales dirigida a personas con discapacidad, solo lo contempla un 20 % , esto es, 4 convenios colectivos, de los que solo dos de ellos, se refieren no solo a los hijos e hijas, que también, sino a los cónyuges y en uno de estos, además, se hace referencia expresa a las parejas de hecho.

La ayuda escolar a los menores (en algunos casos sólo hasta los 16 años) se recoge en 30% de los CC estudiados; en este mismo porcentaje se contempla la posibilidad de anticipos, exigiéndose solo en un CC. que se acredite una situación de necesidad. En cuanto a los premios a la jubilación – con variedad de supuestos, en las cantidades, las edades y la antigüedad- se contemplan en el 35 % de los CC.

De manera muy residual se recogen ayudas a las viudedad (en 2 de ellos), a la constancias en el mismo centro de trabajo (solo en 1) y se podría destacar que es el CC. Provincial de la Hostelería de Cádiz el que, además de ser uno de los dos que contempla las ayudas a la viudedad, también recoge un premio a la natalidad y una ayuda a los estudios de sus propios trabajadores y trabajadoras.

b) Convenios de empresa

Pocas sorpresas aportan los convenios colectivos de empresa en orden a las mejoras de carácter social.

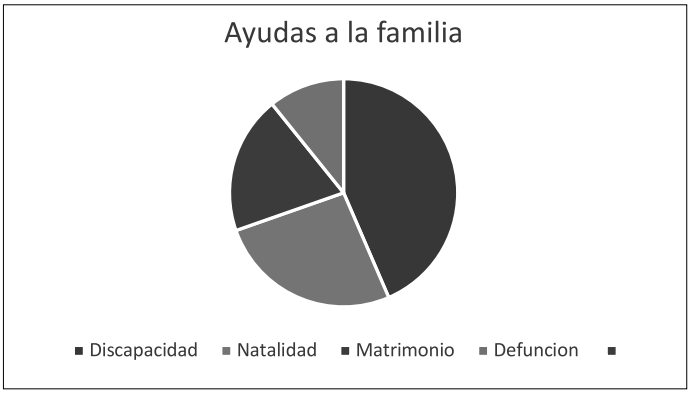
Por lo que hace al complemento de la prestación de Seguridad Social en la contingencia de incapacidad temporal, lo contemplan un porcentaje muy elevado (83,9%), como viene siendo habitual. No obstante, sí se establecen diferencias en orden a si se trata de una enfermedad común o un accidente (laboral o no), si está ante una primera situación de baja o ya han sucedió otras anteriores; o si ese complemento tiene el recorrido de toda la baja laboral del trabajador o trabajadora o solo contempla un espacio limitado en el tiempo. En este sentido, por ejemplo, no distinguen la causa que motivó la incapacidad en un 46,15 % de los convenios y, sin embargo, en otros se establece una diferencia entre las contingencia comunes y las profesionales, sucediendo en el 53 %. Además de complementar la IT, algunos convenios colectivos también lo hacen con la prestación en el caso de nacimiento y cuidado del menor y en riesgo durante el embarazo y la lactancia, así sucede en el CC. del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico y el CC. Empresa Municipal de Aguas de Málaga, S.A.

En cuanto a los anticipos (contemplados en el 53,22%) y los prestamos (recogidos en un 16,12 %), debe tenerse en cuenta que algunos CC. exigen una serie de requisitos: por ejemplo, el CC Admiral Intermediary Services SAU requiere una antigüedad de 2 años y, asimismo, justificar las causa de la solicitud; para otros es suficiente la antigüedad, como sucede con el CC. Prezero España, SA.

También, como ocurría en los CC de sector, otra de las mejoras sociales más recurrentes (69,4%) es la formalización de pólizas de seguro colectivo que cubren las contingencias de muerte e incapacidad de sus trabajadores; aunque, como es obvio, se contempla con una gran diversidad de supuestos y cuantías.

Otra de la mejorar que se repite, son los conocidos como premios a la jubilación que ascienden a 30,6%, si bien es verdad con una gran diversidad de cantidades y supuestos.

Lo que podríamos denominar como ayudas a la familia se centran en el apoyo a las situaciones de discapacidad (32,25 %) y ,como regla general, se refiere a los casos de hijas e hijos, pues solo en un 40 % se contempla a los cónyuges discapacitados. En este sentido, especial mención merece el CC. del Grupo Energético de Puerto Real, S.A. que cita a los nietos en acogida y el CC. del Ayuntamiento de Cádiz que contempla incluso a los hermanos. También, debe destacarse el CC. de la Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba, pues añade ayudas a la educación especial, tan necesaria en estas situaciones de discapacidad. Otro eje familiar relevante lo constituyen las ayudas a la celebración de los matrimonios –en muchos casos expresamente se habla de parejas de hecho debidamente registrada- alcanzando un 14,5%. Asimismo, las ayudas a la natalidad -adopción y acogimiento permanente- se recoge en un 19,35% . Tratándose de la defunción, las diferentes ayudas solo se contemplada en un 8%. Como cierre, hay que señalar que solo apuntan a las familias numerosas el CC. del Ayuntamiento de Churriana de la Vega y el CC. de la Entidad Local Autónoma de Guadalcacín.



La ayuda escolar es otra de las mejoras sociales estrellas (56,77%) contemplando estos apoyos para los hijos e hijas que cursen estudios desde la escuela infantil a la universidad (en un 76% de los casos).

Otro apartado especialmente relevante, sino cuantitativamente si lo es cualitativamente es el de los gastos médicos como: seguros de salud, prótesis, odontología, oftalmología, auditivas, etc. que se contemplan en un 24,2 % de los CC. Merecen especial mención el Ayuntamiento de Alcalá la Real, que a las prestaciones señaladas añade los servicios de psicología y psiquiatría, tan necesarios ahora que se empieza a poner el acento en la salud mental de los trabajadores y trabajadoras y también el Ayuntamiento Bedmar y Garciez que se refiere a la cirugía estética, si fuere necesario.

3.2. Contenidos novedosos

3.2.1. Formación

a) Convenios de sector

Cerca de la mitad de los convenios sectoriales del segundo semestre de 2025 contienen cláusulas sobre el contrato formativo, concretamente 9 de los 20 convenios colectivos. Entre dichos textos es posible encontrar diversas mejoras respecto a la regulación legal.

En primer lugar, y con carácter mayoritario, varios convenios aumentan los porcentajes retributivos por el estatuto. En esta dirección, conviene subrayar el tratamiento del convenio de servicios deportivos de Andalucía: el contrato formativo en prácticas será remunerado en función de la categoría profesional y nivel retributivo, excluyendo la aplicación de porcentajes reductores; lo que, en definitiva, representa un tratamiento ecuánime respecto al resto de los trabajadores. Por otro lado, el convenio de hostelería de Cádiz establece una remuneración fija, no vinculada a porcentajes, que asciende a 850,87 euros y 945,79 euros. Convendría cuestionar si tal cláusula respeta el salario mínimo interprofesional, exigencia planteada por el propio art. 11 ET.

En segundo lugar, algún convenio -concretamente el convenio de transporte de mercancías de Málaga- reduce la duración máxima de contrato formativo, en su modalidad de formación en alternancia, a 12 meses, frente a los 24 meses marcados supletoriamente por el estatuto.

En tercer lugar, cabría destacar la imposición de limitaciones a esta tipología contractual. Por un lado, el convenio de la industria del metal de Cádiz sostiene que el contrato formativo, en sus dos modalidades, no podrá exceder el 20% de la plantilla media de la empresa. Por otro lado, el convenio de transporte de mercancías de Málaga limita la formación en alternancia a determinadas funciones.

En otro orden de cosas, la formación profesional para el empleo es objetivo de atención constante por la negociación sectorial del segundo semestre de 2025. La mitad de los convenios, esto es, concretamente 10 de los 20 convenios analizados, hacen alusión a la formación profesional. La constitución de una comisión paritaria al respecto, presente en 6 convenios, se convierte en la medida más reiterada. También se localizan remisiones a acuerdos y convenios sectoriales, presentes en los convenios de limpieza de edificios y locales de Cádiz y Sevilla, y, finalmente, el establecimiento de una cantidad económica específica dedicada a la formación recogida en el convenio de transporte sanitario de Cádiz.

b) Convenios de empresa

A diferencia del nivel sectorial, el porcentaje de convenios de empresa que regulan el contrato formativo es ciertamente escaso. Únicamente 6 de los 62 convenios analizados abordan esta modalidad contractual, un 10% del total. De

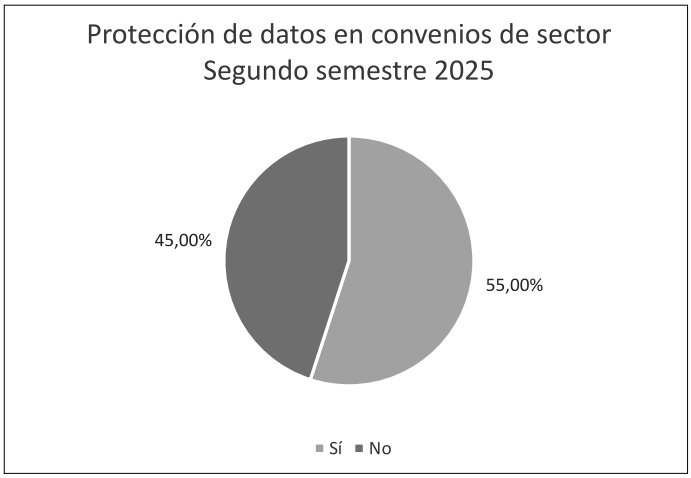
cualquier modo, convendría subrayar la inclusión de ciertas garantías respecto a la regulación legal. A modo de muestra, los convenios de Iveralso, SL e Industrias Lácteas Granada S.L.U. determinan la remuneración al margen de los porcentajes reductores del art. 11 ET; el convenio de Star Container Spain, S.A. establece un porcentaje máximo de contratos formativos.

En contraposición, la formación profesional para el empleo representa el contenido más reiterado entre los convenios de empresa del segundo semestre de 2025. En concreto, 38 de los 62 convenios analizados abordan expresamente la formación profesional, lo que asciende al 61%. Se aprecia una notable disparidad entre las cláusulas referidas a dicha materia, lo que resulta lógico con el llamamiento a la concreción que plantea el legislador en el art. 23 ET. No obstante, es posible identificar ciertas medidas o actuaciones comunes. Entre los 38 convenios que abordan la materia, un total de 20 imponen el establecimiento de planes de formación. El grado de concreción y detalle depende del concreto convenio, siendo posible localizar incluso compromisos de financiación; a modo de ejemplo, un 1% de la masa salarial según el convenio de Grupo Energético De Puerto Real, S.A. Adicionalmente, 8 convenios establecen la creación de comisiones paritarias de formación.

3.2.2. Reglas sobre control empresarial mediante protección de datos y nuevas tecnologías

a) Convenios de sector

Los convenios andaluces de sector también contienen reglas relacionadas con el control empresarial sobre la protección de datos y las nuevas tecnologías, y lo hacen en un número importante, dado que hasta un 55% de los convenios recogen en su clausulado reglas relativas a la materia.



Sin embargo, como ya ocurriera en los anteriores convenios, tales reglas no vienen establecidas directamente, con cláusulas que se refieran a lo anterior, sino que lo que se hace es establecer como infracciones aquellas conductas del trabajador que repercutan en el menoscabo de la protección de datos de la empresa y, en menor medida, con las nuevas tecnologías.

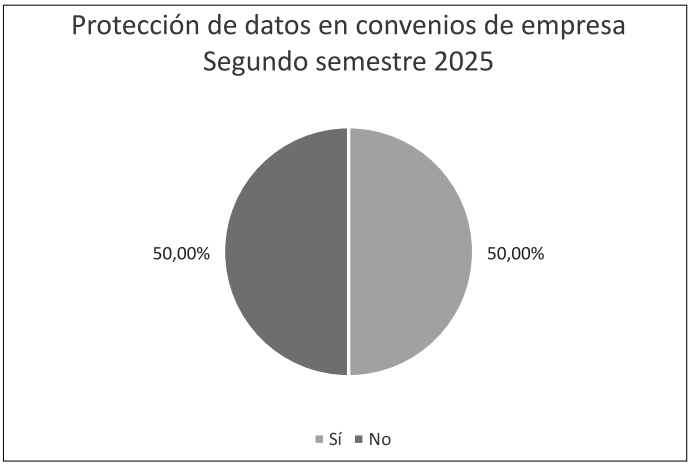
De esta forma, son catalogadas como infracciones graves y/o muy graves conductas en las que el trabajador "el quebrantamiento o violación de secretos de obligada reserva" para la empresa. Cuando produzca grave perjuicio para la compañía serán considerados como infracciones muy graves y, de no producirse los mismos, serán consideradas solamente graves.

b) Convenios de empresa

De forma parecida, los convenios de empresa hacen la regulación relativa a esta misma materia.

Y es que los convenios de empresa siguen la pauta establecidas en los de sector, de forma que se hace una regulación indirecta de todo lo que se refiere a la protección de datos y las nuevas tecnologías.

Y tal como ocurre en el ámbito sectorial, van a ser muchos los convenios que contengan cláusulas relacionadas con este tema, ya que hasta la mitad de los convenios de empresa (50%) hacen alusión a las reglas de protección en materia de protección de datos y nuevas tecnologías, cantidad que no se antoja excesiva, teniendo en cuenta la actualidad de la materia considerada.



Es por ello que debería hacerse una llamada a los negociadores en el ámbito empresarial para que fueran incorporando paulatinamente más reglas en esta materia.

3.2.3. Igualdad y protocolos de acoso

a) Convenios del sector

En un porcentaje muy elevado (90 %) se hace un pronunciamiento expreso al propósito de luchar a favor de la igualdad (no solo de género, aunque sí especialmente) y a adoptar todas las medidas que sean necesarias en contra de todo tipo de discriminación y, realmente, solo en dos convenios colectivos no se hace ninguna mención explícita (CC. Limpieza de locales y edificios provincia Córdoba y de Limpieza de aviones aeropuerto de Málaga) a estos derechos fundamentales. Asimismo, en este sentido se recuerda la obligación que tienen las empresas, conforme a la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombre, de contar con un plan de igualdad, al alcanzar un número de trabajadores y trabajadoras. También, en algún CC (v.gr. CC. Provincial de la hostelería de Cádiz y CC del Sector de Contratos Públicos de Servicios Deportivos) se indica de manera muy pormenorizada en qué debe consistir dicho plan.

Por lo que se refiere al acoso – sexual, por razón de sexo y el de carácter moral – un 80 % de los CC hacen una referencia expresa a la necesidad de llevar a cabo una política contra esta vulneración de derechos, así como el deber de adoptar las medidas de prevención necesarias. En este sentido se recuerda la obligación de implantar protocolos, llegando en algunos casos a establecer el contenido necesario del mismo e incluso en algún CC se recoge el propio protocolo como anexo (v.gr. en el CC. Provincial del comercio de Córdoba, en el CC. De Transporte de Mercancías por carretera, Agencia de Transporte y Despachos). No obstante, en cierto CC (el de Limpieza de locales y edificios provincia Córdoba) la redacción no es muy

afortunada cuando se indica que las personas trabajadoras pueden denunciar el acoso " *si así lo estiman conveniente*".

Para finalizar, en lo ateniente a los derechos de los colectivos LGTBIQ+, también el 80% de los convenios colectivo analizados los reconoce y , con ello, aluden a que las medidas para su igualdad y lucha contra la discriminación deben recogerse en un protocolo, cuyo contenido exhaustivo se contempla en un 40% de los convenios analizados.

b) Convenios de empresa

Tratándose de la igualdad, se hace un reconocimiento expreso en casi todos los convenios colectivo (un 84%) , con términos *como tolerancia 0 con la discriminación*, *igualdad efectiva, compromiso con la igualdad*, *igualdad de trato*, etc. y con remisiones a la legislación que recoge este derecho fundamental. En similares términos (83,8%) sucede con el acoso sexual, por razón de sexo y moral, con expresiones del tipo *entorno libre de acoso, protección frente los acosos,* etc. Ahora bien, estos porcentajes -aun de declaraciones meramente programáticas - disminuyen con respecto a la igualdad y no discriminación de las personas pertenecientes al colectivo LGTBI+ , a las que solo se hacen referencias expresas en un 37%.

Por lo que se refiere a la materialización de estos derechos, debe subrayarse que tratándose de los planes de igualdad se hace una referencia a los mismos – con remisiones a la legalidad, indicando que ya lo tienen o los están negociando, señalando su contenido, recordando el papel que desempeñan en la empresa, etc. – en un 70% % y solo vienen recogidos dicho planes en el propio CC en el caso de Star Container Spain S.A. y de Novo Santi Petri, S.A.

En cuanto a los protocolos de acoso, se refieren a los mismos en un 51 % de los convenios, señalando que ya cuentan con ellos o que están elaborándolos. Ciertamente solo los incorporan como anexos en los propios CC, el Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, Star Container Spain S.A. y Aucorsa.

Para finalizar, tratándose de los protocolos para la protección de la personas LGTBI+, nos encontramos con una variedad de supuestos: a) hay entidades que incluyen a este colectivo en su Plan de Igualdad (v.gr. CC. UTE Envases Ligeros Málaga.); b) otras tienen un protocolo de acoso que comprende todas las situaciones y colectivos y, por ende, también a las personas LGTBI (por ej. el CC del Ayuntamiento de Alcalá la Real o el CC. de Campo de Golf Almenara y la Reserva); y, finalmente c) hay entidades que tienen su propio protocolo (v. gr. E. Municipal Saneamientos de Córdoba o GASA, S.L. que lo tiene fijado como compromiso) y, es más, en este apartado podemos encontrar empresas que los aportan como un anexo del propio CC (es el caso de Acciona Servicios Urbanos, de Elis Manomatic y de Novo Santi Petri, S.A.)

3.2.4. Desconexión digital

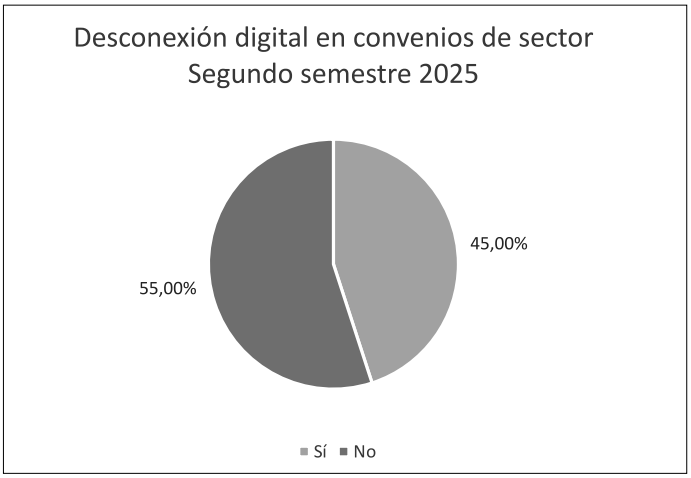
a) Convenios de sector

Una materia en la que sí se aprecia cierta novedad respecto de los anteriores informes es, precisamente, la desconexión digital.

Así, hasta ahora, los convenios sectoriales habían sido muy parcos en la regulación de la desconexión digital, de forma tal que eran muy minoritarios los que lo hacían.

No obstante, en los convenios estudiados en este segundo semestre del año en curso han sido una gran cantidad de convenios los que han optado por incorporar a su clausulado esta materia.

De esta forma, un 45% de los convenios de este período incorporan alguna mención relativa a la desconexión digital. Lo ideal sería que en lo sucesivo los negociadores siguieran incorporando cláusulas de este tipo,



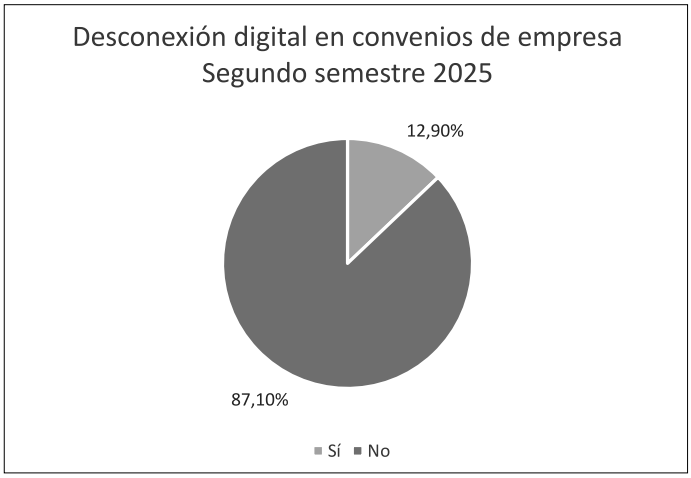
b) Convenios de empresa

En cambio, cuando descendemos al ámbito empresarial, la cosa cambia. El porcentaje de convenios que han regulado la desconexión digital en este período es mucho menor. Solo ocho convenios, que representan el 12,9% del total de los convenios publicados, han recogido información relativa a la desconexión digital.

El motivo de esta diferencia tan importante en la regulación sectorial y empresarial no es explicable a simple vista, aunque sería preciso insistir en difundir entre los negociadores de ámbito empresarial la necesidad de que, en el futuro, incluyeran cláusulas de este tipo.

Sin embargo, no todo es negativo. Aunque, como decimos, la regulación que se hace de la desconexión digital en el ámbito empresarial es escasa, hay

algunos convenios en los que la regulación es profusa y muy interesante. Sería el caso del I Convenio colectivo del Grupo Fundación Bancaria Unicaja (art. 9), que no solo incluye los casos en los que será aplicable la desconexión, sino que también incorpora buenas prácticas en esta materia. En definitiva, son avances en esta materia que deberían trasladarse en el futuro a la negociación colectiva en su conjunto, tanto sectorial, como empresarial.



4. LA INCORPORACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES Y CLÁUSULAS TIPO DEL CARL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA (2025): ANÁLISIS JURÍDICO DE SU RECEPCIÓN EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La incorporación de las recomendaciones y cláusulas tipo del CARL en la negociación colectiva andaluza (2025): análisis de su recepción en los convenios colectivos

4.1. Introducción y metodología

El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 4/1983, de 27 de junio, tiene encomendada, entre otras, la tarea de "facilitar, dentro del respeto al principio de autonomía colectiva consagrado en el artículo 37 de la Constitución Española, la negociación colectiva entre organizaciones empresariales y sindicales, mediante apoyos materiales y personales que posibiliten los más altos niveles de diálogo y entendimiento". En desarrollo de esta competencia, y de acuerdo con el Pacto Social y Económico para el Impulso de Andalucía suscrito por la Junta de Andalucía y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de Andalucía el 13 de marzo de 2023, el Pleno

del CARL aprobó el 3 de julio de 2023 el II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva Andaluza (II PANC 2023-2025), que cuenta con 7 objetivos estratégicos, 14 objetivos operativos y 77 medidas de apoyo, de cara a fortalecer y agilizar la negociación colectiva andaluza. En desarrollo y ejecución de este II PANC el Pleno del CARL aprueba por unanimidad en su reunión del 18 de diciembre de 2024 el documento *Recomendaciones y Cláusulas Tipo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales para la Negociación Colectiva Laboral Andaluza 2025*.

Estas recomendaciones son un instrumento facilitador de acuerdos, aportando seguridad jurídica a los convenios colectivos y resolviendo a las partes dudas que puedan surgir en el transcurso de las negociaciones. Se trata de ocho recomendaciones para facilitar a las partes la dinámica en la mesa de negociación, mejorar los procesos y los contenidos de los convenios; y seis cláusulas tipo, de las que pueden hacer uso en su literalidad, y que se han confeccionado para facilitar la redacción de disposiciones que puedan resultar singularmente complejas. Partiendo del respeto a la autonomía de las partes, ambos instrumentos permiten mejorar de la calidad de nuestra negociación colectiva y aportan la seguridad que siempre se busca en todo proceso de negociación. Estas propuestas, carentes de fuerza vinculante *stricto sensu*, aspiran a homogeneizar prácticas, incrementar la seguridad jurídica, tecnificar los procedimientos y fomentar una cultura de solución autónoma y cooperativa de conflictos, con el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA) como eje instrumental.

Sin embargo, la eficacia última de este "derecho blando" (*soft law*) depende de su grado de acogida por parte de los verdaderos protagonistas de la negociación colectiva: las organizaciones empresariales y sindicales. Con este estudio se aborda empíricamente esta cuestión, analizando hasta qué punto el marco orientativo del CARL ha logrado permear la práctica negocial concreta durante el año 2025.

El estudio adopta una metodología de análisis mixto secuencial. En una primera fase, se realizó un análisis de contenido sistemático de los 33 convenios colectivos sectoriales firmados en Andalucía a partir del 1/01/2025 de ámbitos autonómico, interprovincial y provincial. Para cada convenio, se examinó la presencia/ausencia de 35 ítems específicos derivados de las recomendaciones del CARL (ver Tabla 1).

En una segunda fase, los datos binarios (SÍ/NO) fueron cuantificados para calcular porcentajes de adopción agregada, permitiendo una medición precisa del grado de penetración de cada recomendación. Finalmente, se procedió a un análisis cualitativo interpretativo de los resultados.

4.2. Análisis y Resultados

Los resultados, sintetizados en la Tabla 1, revelan una realidad de incorporación profundamente desigual, donde la recepción de las recomendaciones del CARL es altamente selectiva y parece responder a una lógica de minimización del cambio.

Tabla 1. Tasa de Incorporación de las Recomendaciones del CARL en 33 Convenios Colectivos Andaluces (2025)

RECOMENDACIÓN GENERAL	ÍTEM ESTUDIADO	TOTAL "SÍ"	TOTAL "NO"	% "SÍ"
Recomendación presencia equilibrada	en comisión negociadora	0	33	0.00%
Recomendación presencia equilibrada	en comision paritaria	0	33	0.00%
Recomendación domicilio comisión paritaria en carl	establece domicilio en el carl	0	33	0.00%
Recomendación domicilio comisión paritaria en carl	establece direccion a efectos notificaciones	29	4	87.88%
Recomendación de sercla como mecanismo de solución de discrepancias de comision paritaria	en interpretación del convenio	29	4	87.88%
Recomendación de sercla como mecanismo de solución de discrepancias de comision paritaria	en procesos de inaplicación de convenios	15	18	45.45%
Recomendación de utilización de sercla	previo a la adopción de medidas de conflicto colectivo	12	21	36.36%
Recomendación de utilización de sercla	en conflictos de intereses e individuales voluntarios o excepcionados	10	23	30.30%
Recomendación de utilización de sercla	transcurrido un año de negociaciones	1	32	3.03%
Recomendación de utilización de sercla	en los conflictos de interpretación o ejecucion de acuerdos sercla antes de acudir directamente a la via judicial	4	29	12.12%
Recomendación de utilización de sercla	con suspension de ejecucion de sanciones hasta la tramitación del sercla	3	30	9.09%
Cláusula tipo sobre comisiones paritarias	recomendación presencia equilibrada	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre comisiones paritarias	utilizacion apoyo carl para su funcionamiento	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre comisiones paritarias	ampliacion de competencias más alla de las legales obligatorias	32	1	96.97%
Cláusula tipo sobre comisiones paritarias	reuniones ordinarias trimestrales y plazo de actuacion 10 dias	2	31	6.06%

RECOMENDACIÓN GENERAL	ÍTEM ESTUDIADO	TOTAL "SÍ"	TOTAL "NO"	% "SÍ"
Cláusula tipo sobre comisiones paritarias	regula adopcion de acuerdos	32	1	96.97%
Cláusula tipo sobre comisiones paritarias	establece sercla para resolver discrepancias	27	6	81.82%
Cláusula tipo sobre denuncia y promoción de la negociación	antelación mínima de dos meses	17	16	51.52%
Cláusula tipo sobre denuncia y promoción de la negociación	regula contenido del escrito de denuncia y promoción	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre denuncia y promoción de la negociación	referencia a partes negociadoras aunque no hubieran firmado el convenio	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre constitución de comisión negociadora	plazo maximo de 30 dias desde la denuncia	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre constitución de comisión negociadora	regula contenido del acta de constitucion	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre constitución de comisión negociadora	referencia a utilizacion servicios de apoyo carl	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre constitución de comisión negociadora	periodo de referencia de seis meses para negociaciones	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre constitución de comisión negociadora	compromiso de acudir al sercla durante la negociación para desbloqueo	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre desbloqueo de procesos de negociación colectiva	acudir al sercla si en el plazo de dos meses desde finalizacion de vigencia no se ha constituido la mesa	0	33	0.00%
Cláusula tipo sobre desbloqueo de procesos de negociación colectiva	acudir al sercla si tres meses sin actividad negocial o proceso bloqueado	1	32	3.03%
Cláusula tipo sobre desbloqueo de procesos de negociación colectiva	acudir al sercla transcurridos seis meses de negociaciones sin acuerdo	1	32	3.03%

RECOMENDACIÓN GENERAL	ÍTEM ESTUDIADO	TOTAL "SÍ"	TOTAL "NO"	% "SÍ"
Cláusula tipo fomento sercla conflictos colectivos e individuales voluntarios o excepcionados de mediación preceptiva previa	en negociación de diagnóstico y planes de igualdad	0	33	0.00%
Cláusula tipo fomento sercla conflictos colectivos e individuales voluntarios o excepcionados de mediación preceptiva previa	para adaptación del convenio a cambios normativos o economicos sobrevenidos	5	28	15.15%
Cláusula tipo fomento sercla conflictos colectivos e individuales voluntarios o excepcionados de mediación preceptiva previa	sustitucion de periodos de consultas	0	33	0.00%
Cláusula tipo fomento sercla conflictos colectivos e individuales voluntarios o excepcionados de mediación preceptiva previa	fomento serclas individuales voluntarios o excepcionados	5	28	15.15%
Cláusula tipo para impulsar la efectividad de mediación en el sercla	asistencia al sercla de personas con capacidad decisoria	0	33	0.00%
Cláusula tipo para impulsar la efectividad de mediación en el sercla	instar a hacer propuesta de mediación	0	33	0.00%
Cláusula tipo para impulsar la efectividad de mediación en el sercla	fomentar la adhesión de las empresas al codigo ético del sercla	0	33	0.00%

Tabla resumen con los porcentajes clave por dimensión

4.3. Principales resultados

- Cláusulas más implementadas (>80%): "Ampliación de competencias de la Comisión Paritaria" (96.97%), "Regula adopción de acuerdos" (96.97%), "Establece dirección a efectos de notificaciones" (87.88%), y "SERCLA para interpretación del convenio" (87.88%).

3
Comentarios de Jurisprudencia

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
Universidad de Cádiz

IDENTIFICACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES EN SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DEL EJERCICIO COLECTIVO DEL DERECHO DE HUELGA

IDENTIFICATION AND QUANTIFICATION OF MORAL DAMAGES ARISING FROM INTERFERENCE WITH THE COLLECTIVE EXERCISE OF THE RIGHT TO STRIKE

Antonio Álvarez Del Cuvillo*

STS (Social) núm. 1043, de 12 de noviembre de 2025
ECLI:ES:TS:2025:5126

SUPUESTO DE HECHO: La STS (Social) nº 1043 de 12-11-2025[1] resuelve los recursos de casación interpuestos por las empresas Ryanair DAC, Crewlink Ireland LTD y Workforce International Contractors LTD contra la SAN (Social)[2] nº142 de 22-12-2023. La sentencia de instancia había considerado que las empresas recurrentes habían vulnerado la libertad sindical de los sindicatos USO-STA y SITCPLA y el derecho a la huelga de los trabajadores. Como consecuencia de ello, la Audiencia Nacional condenaba solidariamente a las mencionadas empresas al pago de una indemnización de 93.757,5 € por daños morales a cada uno de los sindicatos mencionados.

El supuesto de hecho presenta una notable complejidad, debido fundamentalmente a las características y dimensión del conflicto que dio lugar a la demanda. Este se refiere a tres convocatorias de huelga promovidas por los sindicatos demandantes en el año 2022 –prolongándose la tercera hasta los primeros días de 2023[3]– dirigidas a los tripulantes de cabina adscritos a las bases españolas de Ryanair, incluyendo los trabajadores suministrados por Crewlink y Workforce.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz. El autor agradece el apoyo financiero del Programa Operativo FEDER Andalucía 2021-2027 y de la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía (Proyecto FEDER – UCA-2024-A2-15 "La eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral: nuevos retos para la práctica jurídica").

[1] ECLI:ES:TS:2025:5126

[2] ECLI:ES:AN:2023:6584

[3] La primera convocatoria, de 10-6-2022 se refería a los días 24, 25 y 26 de junio y 1 y 2 de julio de 2022; la segunda, de 1-7-2022 afectaba a los días 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 25, 26 y 27 de julio. La tercera, de 26 de julio, se extendió del 8 de agosto al 7 de enero de 2023,

 Recepción original: 20.02.2026. Aceptación: 22.02.2026

La demanda cuestionaba un conjunto muy amplio y detallado de conductas de la empresa Ryanair que, en opinión de los sindicatos demandantes, resultaban lesivas de la libertad sindical y del derecho de huelga. Estas pretensiones fueron estimadas por la Audiencia Nacional. En este caso, la prueba de los comportamientos alegados se vio notablemente reforzada por la existencia de numerosas actas de la Inspección de Trabajo en diversas provincias.

La sentencia del Tribunal Supremo estima los recursos de casación presentados por Crewlink y Workforce en la medida en que considera que los hechos probados no refieren ninguna conducta propia de estas empresas, de manera que todos los comportamientos impugnados se atribuyen directamente a Ryanair. En cambio, desestima íntegramente el recurso de casación planteado por esta última empresa, que, por tanto, se ve obligada a pagar la totalidad de la indemnización (187.515 €, sumando las cantidades a abonar a cada sindicato), sin posibilidad de dividir el importe con las codemandadas.

RESUMEN: Este comentario analiza la determinación de los daños morales derivados de la vulneración del ejercicio colectivo del derecho de huelga a partir de una reciente sentencia del Tribunal Supremo. Tras exponer sintéticamente los problemas procesales y sustantivos abordados en la resolución, el trabajo se centra en las dificultades conceptuales y metodológicas que plantea la identificación y cuantificación de los daños morales en el ámbito laboral, especialmente cuando el titular afectado es una organización sindical. Se sostiene que la privación del ejercicio efectivo del derecho implica una afectación del estatuto jurídico del sindicato como sujeto colectivo, lo que permite fundamentar la existencia de un daño moral autónomo respecto de otros perjuicios específicos que pudieran acreditarse. Desde esta perspectiva, se examinan críticamente los criterios utilizados para determinar la cuantía de la indemnización y se defiende la necesidad de una construcción dogmática más precisa que permita articular de manera coherente las funciones resarcitoria y preventiva de la compensación económica.

ÍNDICE

1. Los problemas jurídicos abordados en la sentencia: aspectos procesales y sustantivos
2. Antecedentes y razonamiento de la audiencia nacional y del tribunal supremo en lo que respecta a los daños morales
3. Problemas relativos a la identificación del daño
4. Problemas relativos a la cuantificación del daño
5. Conclusión final

comprendiendo los días de lunes a jueves. Este conflicto estaba relacionado con el fracaso de la negociación de un convenio colectivo de franja para los tripulantes de cabina.

1. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS ABORDADOS EN LA SENTENCIA: ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS

La complejidad y dimensión del caso enjuiciado por esta sentencia ha llevado a que en ella se traten un gran número de problemas jurídicos, tanto procesales como sustantivos.

En el recurso de casación presentado por las empresas Crewlink y Workforce se manifestaba que la sentencia de instancia incurría en incongruencia omisiva, por no haber respondido a todas las alegaciones planteadas en la contestación a la demanda. El TS desestima el recurso en este aspecto, considerando que a efectos formales basta con que el órgano judicial argumente los motivos para atribuir responsabilidad a las empresas demandadas, sin necesidad de responder a todos los argumentos (F2). Ahora bien, desde una perspectiva sustantiva, como se ha adelantado en la descripción del supuesto de hecho, el TS entiende que estos motivos no son suficientes para condenar a las empresas recurrentes, puesto que del relato fáctico no puede deducirse ningún comportamiento atribuible a estas, de manera que termina estimando su recurso de casación y eximiéndolas de toda responsabilidad (F3).

Por su parte, en el recurso de casación planteado por Ryanair se plantean numerosos motivos, tanto de carácter procesal como sustantivo.

En lo que respecta a los motivos procesales, nuevamente se sostiene la incongruencia omisiva de la sentencia, por no haberse tomado en consideración todos los argumentos vertidos en la instancia. A esto se añade que tampoco se han tomado en consideración las pruebas documentales y periciales aportadas, resultando aplicable al pleito el principio de presunción de inocencia. Nuevamente, el TS entiende que el razonamiento de la sentencia satisface las necesidades formales de congruencia (F4.1). Por otra parte, clarifica que la presunción de inocencia no resulta aplicable, puesto que el caso enjuiciado no se refiere al ejercicio del *ius puniendi* (F4.2). Por último, en lo que respecta a las pruebas periciales y documentales presentadas, subraya el principio general de libre valoración de la prueba por parte del órgano de instancia (F4.1). Posteriormente, al abordar las solicitudes de modificación del relato fáctico, el TS recuerda, en coherencia con lo anterior, que el recurso de casación –al contrario de lo que sucede en la suplicación– no permite revisar los hechos en virtud de las pruebas periciales practicadas y que la sentencia impugnada no ha llevado a cabo ninguna irregularidad en la apreciación de la prueba (F6). También se desestiman todas las propuestas de adición o modificación del relato fáctico en base a pruebas documentales por motivos diversos (F8).

En otro orden de cosas, el recurso cuestiona la legitimación procesal del sindicato SITCPLA, por no acreditar implantación en el ámbito del conflicto dado que no había presentado candidaturas en las elecciones de 2023. También en este caso el TS desestima el motivo de recurso, no solo porque estas elecciones fueron

posteriores a la huelga, sino también porque, en realidad, el sindicato demandante no estaría defendiendo el interés colectivo de los trabajadores, sino su propio interés legítimo en convocar huelga como facultad inherente a la libertad sindical (F5). Este último dato puede cobrar relevancia más adelante para interpretar el alcance de la indemnización.

También en el marco de los motivos de carácter procesal, se cuestiona la denegación de la admisión de la prueba de las grabaciones realizadas por la empresa de las asambleas telemáticas convocadas por el sindicato USO, que se llevaron a cabo a través de un canal abierto de Telegram. La AN consideró que, aunque estas grabaciones no resultaban contrarias al derecho a la intimidad, vulneraban, sin embargo, la libertad sindical. El TS convalida la decisión de instancia (F7), sosteniendo que, por más que la celebración de las asambleas tuviera lugar en un canal abierto, se dirigía a los trabajadores y no a la empresa; la posibilidad de que las asambleas sindicales sean grabadas por las empresas y utilizadas en perjuicio de los sindicatos puede terminar condicionando su desarrollo en el futuro. La relevancia de esta interpretación puede verse opacada por la diversidad de cuestiones abordadas por la sentencia, pero, lo cierto es que esta sienta un precedente muy significativo, sin perjuicio de que la ponderación de derechos fundamentales deba realizarse en función de las circunstancias particulares concurrentes en cada caso. Por otra parte, hay que destacar que, aunque el Tribunal declara una vulneración de la libertad sindical, esta no se tuvo en cuenta para determinar el importe de la indemnización, puesto que la grabación de las asambleas no se había referido en la demanda de instancia.

En lo que respecta a los aspectos sustantivos, la empresa sostiene en el recurso que no ha vulnerado la libertad sindical ni el derecho a la huelga. La sentencia impugnada había agrupado las irregularidades de la empresa en cuatro bloques:

a) Falta de información al comité de huelga sobre los vuelos vinculados a los servicios mínimos, dificultando así el control sindical.
b) Cambios múltiples en los vuelos protegidos, que se comunicaron a los trabajadores sin antelación suficiente y, en ocasiones, en períodos de descanso. En algún caso se llegaron a efectuar hasta seis cambios en un solo día. Además, se subraya que todo ello vino acompañado de numerosas comunicaciones de la empresa que insistían en la obligatoriedad de aceptar las asignaciones, advirtiendo de la posibilidad de acudir al despido o a sanciones disciplinarias.
c) Esquirolaje, puesto que se acudió al refuerzo de trabajadores traídos de otros estados miembros de la Unión Europea o de terceros estados para sustituir a trabajadores en huelga en vuelos que no habían sido declarados protegidos para garantizar los servicios esenciales de la comunidad.
d) Uso abusivo del poder empresarial. A este respecto, se considera probado que el número de trabajadores de guardia en el aeropuerto se incrementó

> exponencialmente respecto a los días de trabajo normal. También se insiste en el elevado volumen de despidos y medidas sancionatorias aplicadas sobre los trabajadores en huelga, que apuntaría a una aplicación desmesurada del poder disciplinario, no respaldada por incumplimientos contractuales.

El TS no admite el primer bloque de incumplimientos, porque considera que en este caso se había facilitado un listado con los vuelos protegidos indicando el origen y destino de cada uno, lo que permite al comité de huelga controlar posibles incumplimientos respecto a los servicios mínimos (F9.3). A este respecto, no considera que la empresa estuviera obligada a aportar un listado de todos los trabajadores asignados a cada uno de los vuelos protegidos, ni de todos los trabajadores en imaginaria adscritos a ellos.

Sin embargo, en lo que respecta a los otros tres bloques, el TS mantiene la declaración de que la conducta de la empresa vulnera el derecho a la libertad sindical de los convocantes de huelga. En efecto, a partir del relato fáctico de la sentencia de instancia –que, como hemos visto, no se modificó en casación–, la sentencia de casación corrobora la interpretación de la AN de que la empresa ha llevado a cabo un comportamiento sistemáticamente dirigido a minimizar las consecuencias de la huelga (F10, F11 y F12). El principal matiz es que el TS evita hacer referencia, tanto a las comunicaciones de la empresa subrayando la obligatoriedad de respetar los servicios mínimos –con advertencia de posibles sanciones disciplinarias– como al efectivo ejercicio del poder disciplinario, con numerosas sanciones y despidos a los trabajadores en huelga. Esta omisión podría explicarse porque estos argumentos resultan relativamente débiles –puesto que la verificación de los eventuales incumplimientos contractuales de los trabajadores es casuística y no había sentencias firmes declarando la nulidad de las sanciones o despidos– y no resultan necesarios para poner de manifiesto la orientación sistemática de la conducta de la empresa de neutralizar las consecuencias de la huelga de manera ilícita.

Por último, el recurso de Ryanair alega que la cuantía de la indemnización de daños morales es "desorbitada, injusta y desproporcionada". Una vez más, el TS desestima el recurso, puesto que entiende que la cantidad está justificada por la gravedad de las conductas imputadas a la empresa.

El presente comentario se centrará exclusivamente en este último punto, que es el que presenta un mayor interés científico. Ello es así porque la argumentación judicial relativa a la identificación y determinación de los daños morales asociados a la vulneración de derechos fundamentales implica especiales dificultades, debido tanto al carácter abstracto que normalmente tienen los perjuicios sufridos como al hecho de que los bienes jurídicos afectados no tienen, ni pueden tener, valor de mercado. Esta dificultad puede ser incluso mayor en el caso de los derechos fundamentales de titularidad colectiva, en los que el nivel de abstracción es todavía mayor, puesto que estos no conectan inmediatamente con los intereses humanos básicos, sino que solo lo hacen de manera instrumental.

En nuestra opinión, la elaboración dogmática tradicional presenta algunas carencias para abordar estos problemas, por lo que los recursos argumentativos de los que disponen los órganos judiciales no son del todo suficientes como para obtener una respuesta plenamente satisfactoria. A modo de hipótesis, todo parece indicar que, en el supuesto que nos ocupa, la indemnización prudencialmente establecida resulta adecuada a las circunstancias particulares del caso. Asimismo, no puede decirse que las decisiones adoptadas, primero por la AN y después por el TS, no estén motivadas. Sin embargo, al mismo tiempo, los aspectos más débiles de esta argumentación permiten desvelar algunas de las deficiencias de la construcción dogmática dominante, que se traducen en dilemas dialécticos y retóricos. De este modo, los futuros trabajos dogmáticos relativos a la identificación y la cuantificación del daño moral pueden tomar como punto de partida los problemas concretos que se encuentran los órganos judiciales para argumentar sus sentencias.

2. ANTECEDENTES Y RAZONAMIENTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LO QUE RESPECTA A LOS DAÑOS MORALES

Para comprender cómo se ha calculado la indemnización en el supuesto que nos ocupa, resulta imprescindible remitirse a un conflicto anterior con elementos comunes que se había producido unos años antes y que también terminó resolviéndose por la vía judicial. Se trata de una huelga convocada en septiembre de 2019 por los mismos sindicatos frente a las mismas empresas y para el mismo colectivo de trabajadores. También en este caso se constataron diversos comportamientos empresariales dirigidos a minimizar los efectos de la huelga, que finalmente fueron considerados ilícitos por la Audiencia Nacional[4] en la SAN nº 41/2021 de 17-3-2021[5], confirmada por la STS nº 273 de 13-4-2023[6].

En este contexto, los sindicatos habían solicitado en su demanda una indemnización por daños morales de 93.757,5 € para cada uno (es decir, la misma que ha sido apreciada en el conflicto más reciente). Para calcular esta cifra, se había partido del importe máximo previsto por la redacción de la LISOS por entonces vigente (de 1-1-2019 a 30-9-2021) para las infracciones muy graves en su grado

4 Falta de información al comité de huelga sobre vuelos protegidos; encuesta a auxiliares de vuelo en la que se les preguntaba previamente acerca de su disposición para asistir al trabajo –aunque estuvieran libres de servicio–; advertencias de perjuicios retributivos superiores al descuento del día de huelga; hiperprotección de acceso al trabajo; asignación de guardias sin especificar el servicio mínimo a cubrir; designación abusiva de trabajadores de guardia y descuento de la productividad mensual a los trabajadores participantes. Los demandantes también refirieron otras conductas cuya relevancia no fue apreciada por la AN.

5 ECLI:ES:AN:2021:1161.

6 ECLI:ES:TS:2023:1610.

máximo, que era de 187.515 €; esta cantidad se dividió por la mitad entre los dos demandantes para calcular la compensación que cada uno de ellos solicitaba. En aquella sentencia, la Audiencia Nacional no acogió esta petición, sino que calculó prudencialmente una indemnización de 30.000 € en atención al perjuicio identificado y la intensidad y variedad de las medidas adoptadas. Esta cifra no se correspondía con ningún punto exacto del baremo de la LISOS, pero estaba apenas por encima del límite inferior del grado medio de las infracciones muy graves.

Ahora bien, en el caso objeto de comentario –relativo a la huelga de 2022 y 2023– los sindicatos solicitaron en su demanda exactamente la misma cantidad que habían pedido en el conflicto anterior, a pesar de que el baremo de la LISOS se había modificado[7]. En realidad, si hubieran seguido el mismo criterio que en su demanda anterior, la cantidad solicitada hubiera sido de 112.509 € para cada uno. Dicho de otro modo, en esta ocasión los demandantes tomaron como referencia la pretensión respecto al conflicto anterior en lugar del baremo de la LISOS, aunque mantuvieron miméticamente la referencia a sus preceptos.

En esta ocasión, al contrario que en el caso anterior, la Audiencia Nacional estimó íntegramente la pretensión indemnizatoria de los sindicatos demandantes, siguiendo en este punto la propuesta del Ministerio Fiscal. Para ello, construyó su argumentación del siguiente modo:

a) Toma como punto de partida los arts. 182 d) y 183 LRJS, que justifican la imposición de una indemnización por daños morales.
b) Posteriormente, justifica que en este caso particular la mera acreditación de la lesión es suficiente para que se devenguen daños morales, aludiendo tanto a la doctrina del TS respecto a "determinadas conductas antisindicales", como a la redacción del art. 179.3 LRJS respecto a la omisión de la exigencia de acreditar las circunstancias relevantes para determinar el importe de la indemnización.
c) A continuación, destaca que la indemnización no tiene solo una función resarcitoria, sino también preventiva.
d) Por último, expone dos argumentos sustantivos que justifican el carácter elevado de la indemnización. De un lado, subraya la entidad de las conductas, que afectan tanto al derecho de los huelguistas como el de los convocantes, así como el número de trabajadores afectados; de otro lado, insiste en la reiteración de las conductas, dado que Ryanair ya había sido condenada a una indemnización de 30.000 € por comportamientos muy similares y que esta cantidad resultó insuficiente para prevenir nuevas conductas antisindicales en el conflicto posterior.

[7] La modificación tuvo lugar en la DF 1ª de la Ley 10/2021 y entró en vigor el 1 de octubre de 2021, según la DF 14ª de dicha ley.

A nuestro juicio, este último argumento es el que ha resultado determinante para acoger íntegramente la propuesta indemnizatoria de los sindicatos. En el caso anterior se había rebajado sensiblemente la cuantía indemnizatoria solicitada, pero ello no había podido impedir que unos años más tarde se repitiera un comportamiento sistemáticamente dirigido a minimizar los efectos de la huelga.

Por su parte, la argumentación del Tribunal Supremo al confirmar la indemnización establecida por la Audiencia Nacional puede sintetizarse como sigue (F13):

1) Sobre la base de la LRJS y la jurisprudencia anterior, se destaca que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que, al ser difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. Así, la concreción del importe debe hacerla prudencialmente el órgano judicial de instancia, dado que no hay parámetros que permitan traducir con exactitud en términos económicos el "sufrimiento" en que consiste este tipo de daño.
2) Posteriormente insiste en la pertinencia de utilizar como referencia las cantidades previstas en la LISOS, aunque matizando que, en realidad, no se trata de una aplicación directa y sistemática de esta ley, sino que simplemente se constata que algunas de estas cifras resultan razonables, sobre todo si la determinación de la indemnización atiende a la consideración de la finalidad preventiva y no solo de la resarcitoria.
3) Sobre esta base, utiliza como referencia la infracción muy grave del art. 8.10 de la LISOS, relativa al esquirolaje –que es una de las conductas imputadas a la empresa, aunque no la única– y observa que la cantidad establecida para cada sindicato se ubica en el grado medio de las infracciones muy graves. Debe recordarse que, en la sentencia impugnada, en realidad no se acudía directamente a la LISOS, sino que se aceptaba la pretensión de los demandantes, que solo formalmente se refería a ella. De hecho, el Tribunal Supremo no divide la cuantía prevista para la sanción muy grave entre los sindicatos afectados, como habían hecho estos en su primera demanda, sino que entiende que la cantidad percibida por cada sindicato (93.757,5 €) se sitúa en el grado medio (de 30.001 a 120.005 €) de las sanciones muy graves. En este caso, el TS no convalida un cálculo previo que hubiera realizado la AN conforme a la LISOS, sino que más bien utiliza los preceptos de esta norma de manera orientativa para determinar si la cantidad es "desorbitada, injusta y desproporcionada" como sostiene el recurso. Así, por ejemplo, cabe pensar que si la cuantía fijada en la instancia hubiera sido superior al límite máximo previsto para las infracciones muy graves, se hubiera determinado su carácter desproporcionado.
4) Por último, se remarcan los dos argumentos sustantivos que aparecían en la sentencia de instancia. Por una parte, la gravedad de las conductas y, por otra parte, la insuficiencia de la indemnización fijada en el proceso anterior para

disuadir a la empresa de efectuar comportamientos sistemáticamente dirigidos a reducir las consecuencias de la huelga. Por consiguiente, el TS considera que no resulta excesivo situar la cuantía de la indemnización en el tramo medio de las infracciones muy graves.

En nuestra opinión, el TS está en lo cierto al afirmar que la indemnización establecida en la instancia no resulta desproporcionada en atención a las circunstancias concurrentes. Sin embargo, tanto su razonamiento como el de la AN permiten poner de manifiesto algunas disfunciones en cuanto al entendimiento de los daños morales en el contexto laboral, particularmente cuando estos se aplican a los derechos fundamentales de titularidad colectiva. Estos problemas pueden dividirse en dos tipos: de un lado, los relativos a la identificación del daño moral; de otro lado, los que se refieren a su cuantificación.

3. PROBLEMAS RELATIVOS A LA IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO

En el proceso judicial, ni las empresas demandadas ni los órganos judiciales decisorios pusieron en duda en ningún momento que los sindicatos puedan padecer daños morales, a pesar de su condición de personas jurídicas construidas de manera ficticia por el Derecho. Esto no resulta extraño, porque en el contexto del ordenamiento jurídico español, la cuestión es pacífica, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica. Sin embargo, ello exige una reflexión sobre la naturaleza de este daño moral, con objeto de identificarlo correctamente, así como para graduar su intensidad de cara a la determinación de la indemnización.

En primer lugar hay que aclarar que este daño moral se refiere exclusivamente al interés propio de los sindicatos como tales organizaciones, por más que dicho interés se conecta con su función constitucional de articular y defender los intereses colectivos de los trabajadores. Dicho de otro modo, no se refiere al interés individual de los trabajadores huelguistas.

En este sentido, parece apreciarse una cierta contradicción en la sentencia de la AN. En ella se declara vulnerado tanto el derecho a la libertad sindical de los demandantes como el derecho a la huelga de los trabajadores que participaron en el conflicto. Sin embargo, en su razonamiento, cuando desestima la excepción procesal de inadecuación de procedimiento (F3.1) –que entendía que debía haberse acudido al proceso de conflicto colectivo llamando también a los trabajadores afectados–, clarifica que lo que está en juego en este caso son precisamente las facultades de carácter colectivo del derecho de huelga. Asimismo, como hemos visto, el TS establece en su sentencia que el sindicato SITCPLA no está defendiendo el interés de los trabajadores afectados, sino el suyo propio. La confusión se debe a la caracterización habitual de la huelga como un derecho fundamental "de titularidad individual pero de ejercicio colectivo". Ahora bien, la titularidad individual del derecho debe entenderse referida al acto de "hacer huelga" en sí mismo considerado,

pero no a las facultades inherentes a su ejercicio colectivo (STC 11/1981, F11). De hecho, el art. 2 LOLS reconoce expresamente que el derecho de huelga es una facultad inherente a la libertad sindical en su dimensión colectiva, lo que, en todo caso, derivaría de su contenido esencial. Por consiguiente, cuando la SAN declara infringido el derecho a la huelga de los trabajadores afectados por el conflicto, se refiere en realidad a estas facultades colectivas, que estarían incluidas en el derecho a la libertad sindical de los convocantes. Esto implica que, naturalmente, la indemnización determinada por la Audiencia Nacional no subsume los daños morales de los trabajadores a los que se hubiera impedido ejercer su derecho de huelga a título individual, lo que tendría que constatarse en cada caso concreto. Así, por ejemplo, en la sentencia se menciona que habían sido impugnados ante la jurisdicción los despidos de algunos trabajadores que se habían negado a asistir al trabajo; por supuesto, en los casos en los que el órgano judicial declarara la nulidad del despido por vulneración del derecho de huelga, se devengaría una compensación para el trabajador despedido, que sería independiente de la cantidad ya pagada a los sindicatos convocantes[8].

En segundo lugar, los "daños morales" de las personas jurídicas, como es el caso de los sindicatos, no pueden ser contemplados desde el paradigma de los perjuicios a la integridad moral de las personas, que es el que normalmente se utiliza como referencia. Así, resulta llamativo que la sentencia del TS, al recordar su propia doctrina, se refiera al "sufrimiento" de la víctima. Es evidente que un sindicato no puede experimentar "sufrimiento", salvo que la expresión se utilice metafóricamente, en cuyo caso resulta conveniente precisar en qué consiste este padecimiento; en definitiva, es necesaria una reconceptualización de los daños morales que permita determinar su concurrencia en estos casos. Para responder a este dilema, a menudo la doctrina y la jurisprudencia acuden a un paralelismo con el derecho al honor, que también se predica de las personas jurídicas, aludiendo entonces a las afrentas al "buen nombre del sindicato"[9]. Ciertamente, el concepto de "daño moral" abarca los atentados a la estimación pública del sindicato que pudieran producirse, pero también deben atender a otro tipo de perjuicios. La afectación del buen nombre del sindicato depende de las circunstancias particulares de cada caso, de modo que tendría que acreditarse de manera explícita; incluso

[8] En este sentido, Lahera Forteza, J., "Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la ley 36/2011 de Jurisdicción Social", Relaciones Laborales, nº 8, 2012 (versión electrónica en la Smarteca de Wolters Kluwer), p. 7, subraya que las conductas antisindicales pluriofensivas pueden dar lugar a acciones indemnizatorias tanto de los titulares individuales como de los titulares colectivos del derecho.

[9] "[...] las conductas antisindicales pueden causar daños morales en el plano psicológico, de oportunidad o de la propia imagen del sindicato [...] al debilitar de manera arbitraria la acción sindical, originan frustración, una merma de valoración social, desprestigio, desánimo y secuelas psicológicas en el titular del derecho vulnerado [...] daños morales que deben ser reparados tanto al sindicalista, en un plano individual, como, en su caso, al propio sindicato, en la dimensión colectiva.", Lahera Forteza, J., *Op. Cit.*, p. 4.

es posible imaginar que, en determinadas situaciones, el reconocimiento público de un sindicato o su estimación entre los trabajadores se incremente debido al tratamiento injusto, sin que ello implique que no se ha producido lesión alguna por la vulneración de su derecho a convocar huelga.

Para identificar estos daños morales de carácter más abstracto suele acudirse al criterio de la "automaticidad", sosteniéndose que toda vulneración de un derecho fundamental implica necesariamente un daño moral, que no debe probarse de manera específica. A este respecto, la postura del TS ha sido oscilante[10] y finalmente ha quedado en un punto un tanto ambiguo. En alguna sentencia reciente, el Alto Tribunal afirma que no ha retornado al criterio de automaticidad que había mantenido en los primeros años 90[11]; sin embargo, en la práctica a menudo afirma expresamente este vínculo automático, sin que quede del todo claro cuáles son las circunstancias en las que se aplica, más aún cuando hay daños morales que, sin duda deben especificarse en el proceso para ser tenidos en cuenta, con independencia de las dificultades para su cuantificación. Así, en el caso que nos ocupa, la Audiencia Nacional cita jurisprudencia del TS para sostener que "algunos" daños morales se ponen de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, lo que suele suceder con "determinadas conductas antisindicales", sin especificar cuáles. Posteriormente, cita doctrina del TS más reciente, que sostiene de manera muy amplia que "los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental". De hecho, la STS objeto de nuestro comentario vuelve a afirmar explícitamente esta idea de que los daños sufridos no pueden separarse de la vulneración del derecho.

A nuestro juicio, la automaticidad de ciertos daños morales responde a una intuición que, en lo fundamental, es acertada. Sin embargo, si esta no se explica racionalmente, el juez carece de elementos de juicio que permitan identificar cuáles son los daños morales que se devengan automáticamente y cuáles son los que, por el contrario, deben ser objeto de prueba específica. El mismo problema vuelve a plantearse a la hora de graduar el daño y, por tanto, de cuantificarlo. El hecho de que, respecto a determinados perjuicios no se exija al demandante la carga de establecer las bases de cálculo de la indemnización, puede dejar al órgano judicial sin criterios suficientes para delimitar su cuantía[12].

[10] Por todos, véase la descripción histórica de Mercader Uguina, J., *Derecho laboral de daños (indemnizaciones por daños y perjuicios en las relaciones laborales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 501-512.

[11] "[...] no se trata de volver a la jurisprudencia ya abandonada relativa al criterio del denominado carácter automático de la indemnización", STS (Social), nº 1114/2025, de 24-11-2025. ECLI:ES:TS:2025:5406.

[12] *Vid.* Todolí Signes, A., "Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo", *Labos*, Vol. 5, nº 2, 2024, pp. 55-56 y, especialmente, 59-60.

Sin embargo, el art. 183.2 LRJS apunta a la solución de este dilema al establecer que la indemnización debe ser suficiente "para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión [...]". En lo que respecta a la libertad sindical, este precepto conecta con el art. 15 LOLS, que impone la reparación de las consecuencias ilícitas de la violación del derecho. Así pues, el ordenamiento impone la necesaria restauración del derecho en su totalidad. Idealmente, esta restauración debería producirse *in natura*. En algunos casos pueden imponerse obligaciones "de hacer" que mitiguen el daño producido, pero esto no siempre es posible; no obstante, incluso en estos supuestos, la restauración no puede ser integral, como resultaría exigible en abstracto. Así, una vez producida la vulneración, no es posible volver al estado de las cosas preexistente para anular completamente las consecuencias de la privación del derecho[13]. Esto se advierte de manera especialmente gráfica en casos como el que nos ocupa, en el que se considera que la empresa demandada había llevado a cabo comportamientos ilícitos destinados a obstaculizar el ejercicio colectivo del derecho de huelga. Cuando el órgano judicial califica los hechos, estos ya se han producido y no pueden revertirse; en este contexto, la mera declaración de ilicitud resulta prácticamente irrelevante si no produce ningún resultado material claro. En términos teóricos no puede decirse que la indemnización opere "automáticamente", puesto que esta se despliega como un mecanismo subsidiario –e irremediablemente insatisfactorio– frente a la imposibilidad de restituir *in natura* a la víctima en el pleno ejercicio de su derecho. Sin embargo, termina operando de manera prácticamente automática, en la medida en que estos elementos –privación del ejercicio del derecho e imposibilidad de restitución– concurren en casi cualquier supuesto imaginable.

Para una persona física, la privación injustificada de un derecho reconocido por el ordenamiento implica una vulneración de su estatuto de ciudadanía y, por tanto, una negación de su subjetividad. En las democracias liberales, este estatuto es un elemento básico en la determinación de la identidad personal. Por lo tanto, este "menosprecio" implica un sufrimiento objetivo para la víctima[14], que es independiente de otros daños –patrimoniales, físicos, psicológicos o en la reputación social– que se puedan acreditar en determinados casos. Por supuesto, las personas jurídicas, como hemos dicho, no experimentan "sufrimiento" en sentido estricto,

[13] A este respecto, véase el magnífico trabajo de Álvarez Alonso, D., "La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los 'daños morales'", Relaciones Laborales, nº9, 2014 (versión electrónica en la Smarteca de Wolters Kluwer), pp. 1-4. El autor también insiste en la distinción entre distintos tipos de daño moral, lo que permite diferenciar entre los supuestos de devengo relativamente automático (en realidad, subsidiario de la restitución *in natura*) y aquellos otros en los que es necesario acreditar los elementos constitutivos del daño.

[14] Puede encontrarse una fundamentación filosófica –psicológicamente informada– de estos argumentos en Honneth, A., *La lucha por el reconocimiento*, Crítica, Barcelona, 1997 [publicado originalmente en 1992 en alemán], especialmente 135-148 y 162-163.

pero la privación de un derecho reconocido implica una negación de su subjetividad, construida por el ordenamiento en función de propósitos instrumentales. Por lo tanto, también en estos casos se produce un daño que debe ser restaurado, sin necesidad de verificar ningún perjuicio concreto de los trabajadores en cuyo interés el ordenamiento ha reconocido subjetividad a los sindicatos.

En este caso, las maniobras ilegítimas para reducir los efectos de una huelga suponen una vulneración de la libertad sindical y, por tanto, una negación de la subjetividad de los sindicatos convocantes. Este perjuicio es independiente de otros daños, por ejemplo, patrimoniales o relativos al buen nombre o reputación de los sindicatos afectados, que, al no haber sido acreditados en el proceso, no se toman en consideración.

4. PROBLEMAS RELATIVOS A LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

La sentencia también pone de manifiesto el déficit de los recursos argumentativos disponibles en nuestro sistema jurídico para la cuantificación de los daños morales, más allá de que esta tarea nunca pueda llevarse a cabo de manera completamente satisfactoria por referirse a bienes que no pueden tener valor de mercado. Resulta llamativo que la cifra presente una notable precisión, incluso de cincuenta céntimos de euro (93.757,5 €), pero que su determinación se deba, como hemos visto, a una circunstancia puramente aleatoria y desconectada del caso.

Como se ha adelantado, el razonamiento básico del TS resulta adecuado. En efecto, si en un conflicto anterior, la empresa llevó a cabo medidas similares de minimización del derecho de huelga y fue condenada a una indemnización de 30.000 €, pero, en un nuevo conflicto volvió a adoptar una conducta análoga, resulta evidente que esta indemnización es insuficiente para compensar la privación sufrida por los sindicatos convocantes. Por consiguiente, su cuantía ha de ser significativamente mayor. Sin embargo, parece probable que si la indemnización hubiera sido, por ejemplo, 5.000 € mayor o menor, el TS también hubiera declarado su adecuación.

La generalización del baremo de la LISOS se explica por la necesidad de un abanico que permita convertir las valoraciones cualitativas del órgano judicial en cifras numéricas que resulten inteligibles. Por ejemplo, si un profesor tiene que puntuar un examen, debe conocer antes la escala de valoración, pues, de lo contrario, el número no significa nada. Ciertamente, en nuestra sociedad, el dinero no está exento de significado, por cuanto se utiliza para obtener bienes o servicios en el mercado, pero esta significación social no puede aplicarse mecánicamente a los intereses afectados por los daños morales, que no tienen, ni pueden tener, valor de mercado. Ahora bien, este baremo resulta demasiado indeterminado, pues, si partimos de la base de que la vulneración de derechos fundamentales es equivalente a una falta muy grave, la cantidad estaría entre 7.501 y 225.018 € [*Cfr*:

art. 40.1c) LISOS]. Por ello es necesario acudir a criterios que permitan graduar el daño dentro de este margen.

En los últimos años, el TS ha establecido, en numerosas sentencias[15], una serie de criterios orientativos en este sentido: 1) antigüedad del trabajador; 2) persistencia temporal de la vulneración; 3) intensidad del quebrantamiento; 4) consecuencias en la situación personal o social del titular del derecho; 5) posible reincidencia; 6) carácter pluriofensivo; 7) contexto en el que se produce la conducta; 8) actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido. Sin embargo, resulta muy llamativo que la sentencia relativa al caso que nos ocupa no haga ninguna referencia expresa a este listado de criterios. Ciertamente, se cita una sentencia anterior[16], que "[...] sistematiza la doctrina jurisprudencial sobre la cuantificación de las indemnizaciones cuando se han vulnerado los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical". De este modo, el TS parece apuntar implícitamente a que, cuando están en juego las facultades inherentes al ejercicio colectivo del derecho de huelga, los criterios generales, centrados fundamentalmente en el resarcimiento de la víctima, no resultan del todo apropiados[17]. En este sentido, se destaca que la jurisprudencia reciente se aleja más del objetivo estrictamente resarcitorio, para enfocarse en mayor medida en el aspecto preventivo. Sin embargo, lo cierto es que en la sentencia citada no había sido necesario establecer ningún criterio de gradación, puesto que el órgano judicial de instancia había aplicado el importe mínimo previsto para las sanciones muy graves y la empresa demandada solamente había cuestionado la automaticidad del daño. En cambio, en nuestro caso, se hace necesario incorporar razones que justifiquen la elevación de la cuantía indemnizatoria.

Estos motivos de agravamiento no tienen por qué estar desvinculados del resarcimiento de las víctimas, siempre que se comprenda que el daño producido se refiere a la negación de la subjetividad que es inherente a la privación de derechos reconocidos por el ordenamiento. En este sentido, la finalidad resarcitoria y la finalidad preventiva están íntimamente relacionadas entre sí[18]. De hecho, en este

[15] Por citar solo las más recientes, SSTS (Social) nº 32, de 15-1-2026, ECLI:ES:TS:2026:209; nº 1280 de 17-8-2025, ECLI:ES:TS:2025:5931; nº 1254/2025, ECLI:ES:TS:2025:5749; nº 1114/2025, de 24-11-2025, ECLI:ES:TS:2025:5406; nº 1012 de 22-10-2025, ECLI:ES:TS:2025:4924; nº 1017, de 22-10-2025, ECLI:ES:TS:2025:4923; nº 1013 de 22-10-2025, ECLI:ES:TS:2025:492; nº 1014 de 22-10-2025, ECLI:ES:TS:2025:4899; nº 2019 de 22-10-2025; nº 959 de 16-10-2025; ECLI:ES:TS:2025:4742; nº 954 de 16-10-2025, ECLI:ES:TS:2025:4733.

[16] STS (Social), nº 778 de 16-9-2025, ECLI:ES:TS:2025:3957.

[17] No obstante, sí menciona los criterios en la STS (Social) nº 32, de 15-1-2026, ECLI:ES:TS:2026:209, que se refiere a los derechos de información de una sección sindical (pero no al derecho de huelga).

[18] Como pone de manifiesto Mercader Uguina, J. *Op. Cit.*, pp. 513-515, el énfasis en la función preventiva o en la culpabilidad de la empresa y el uso de un baremo sancionatorio entrañan un riesgo de que el perjuicio de la víctima quede en un segundo plano y se vea de algún modo

caso, se percibe con particular claridad que la falta de disuasión termina generando un desequilibrio en las relaciones continuadas de las partes, puesto que se priva al sujeto sindical de un derecho básico que determina la correlación de fuerzas en la negociación colectiva. En todo caso, si el importe de la compensación económica no supone un sacrificio significativo para la empresa, o si acaba resultando rentable, se convierte en una especie de "precio" para la comisión del ilícito, lo que en último término genera una sensación de impunidad que incide en la privación del derecho y en el menosprecio del sindicato como sujeto titular de derechos fundamentales. Dado que el resarcimiento de la víctima no puede alcanzarse plenamente, debe producirse al menos un resarcimiento "moral" a través de una compensación adecuada que afirme por la vía de los hechos la operatividad real del derecho vulnerado. En este caso, todos los criterios anteriormente mencionados –salvo, evidentemente, el de la antigüedad del trabajador[19]– podrían resultar relevantes en lo que respecta a los derechos fundamentales de titularidad colectiva. También podría añadirse algún otro, como el volumen de negocio de la empresa, que sí se menciona en la LISOS, pero no en la doctrina del TS y que tiene que ver tanto con la finalidad disuasoria como con la necesidad de resarcimiento[20].

Como hemos visto, tanto la AN como el TS atribuyen un particular carácter agravante a la reiteración de la conducta por parte de la empresa, lo que coincide con el criterio de "reincidencia" establecido por el TS en su doctrina general[21]. No se cuantifica el impacto de esta circunstancia, pero todo apunta a que este ha sido muy elevado, dado que, en el caso anterior, la AN había determinado para un caso relativamente similar el importe de 30.000 €, que había sido convalidado por el TS[22], mientras que en este caso la indemnización es de algo más del triple de la cantidad anterior. La sentencia relaciona acertadamente esta reiteración de la conducta con la finalidad preventiva que debe estar presente en las indemnizaciones por mandato

desplazado por una lógica de algún modo punitiva. Sin embargo, este problema puede abordarse si nuestros modelos dogmáticos permiten conectar adecuadamente la función preventiva con la resarcitoria.

[19] Quizás en algunos casos se podría atribuir relevancia a la antigüedad de las relaciones entre los sujetos colectivos implicados, por cuanto la privación del derecho puede producir un daño mayor a una relación muy consolidada.

[20] En este sentido, Todolí Signes, A., *Op. Cit*., pp. 74-75 y 80-81.

[21] Debe recordarse que la "reincidencia" se regula también como agravante en el art. 41 de la LISOS, estableciéndose un período de 365 días entre la firmeza de la resolución sancionadora y la segunda infracción. A nuestro entender, este plazo no resulta vinculante en lo que respecta a la determinación de los daños morales, donde es más importante contemplar los efectos sobre la privación de subjetividad en función de las circunstancias concurrentes que el respeto al principio de legalidad propio del *ius puniendi*.

[22] Respecto a las infracciones administrativas, el art. 41.2 de la LISOS establece que la reincidencia puede suponer un incremento de hasta el duplo de la sanción, con el límite de la cuantía máxima. En cambio, en lo que respecta a los daños morales, el análisis de contenido de Todolí Signes, *Op. Cit*. p. 68, advierte que su impacto es todavía mayor, por cuanto a menudo implica que la sanción se triplique o cuadruplique.

legal, aunque, como hemos visto, esta no está ni mucho menos desligada del daño al estatuto jurídico de los sindicatos.

Asimismo, el TS toma en consideración la "gravedad" de los comportamientos imputados a la empresa, dando a entender que esta se desprende automáticamente de la exposición sintética de los hechos ("El relato histórico evidencia la gravedad de las conductas…"). A nuestro juicio, hubiera resultado más oportuno que se hubieran hecho explícitos los motivos que habrían conducido a esta valoración.

En este sentido, la sentencia de la AN atribuía relevancia al elevado número de trabajadores afectados, criterio que se recoge en la LISOS, pero que no aparece expresamente entre los enunciados en la doctrina general del TS y que en esta sentencia solo se menciona citando a la AN. Por más que, como se ha dicho, la vulneración de la libertad sindical de los convocantes sea independiente de las posibles vulneraciones de derechos individuales de los trabajadores, este criterio es apropiado, porque visibiliza el impacto de la privación del derecho. Así pues, está directamente relacionado con los criterios de "intensidad del quebrantamiento" y "consecuencias sobre el titular del derecho". También podría haberse acudido al criterio de persistencia en el tiempo de la vulneración, pues esta se prolongó durante todo el conflicto; tal vez podría haberse acudido también al criterio de intensidad, analizando el grado de éxito del comportamiento empresarial en su objetivo de minimizar los efectos de la huelga, si bien dentro de los límites del relato fáctico constatado en la instancia. En cambio, no puede decirse que la conducta sea pluriofensiva, por cuanto la vulneración de la libertad sindical consiste precisamente en la minimización de la huelga, en el bien entendido de que la indemnización no engloba la grabación de las asambleas sindicales por parte de la empresa, que no se incorporó a la demanda, sino que solo se alegó a efectos de cuestionar la validez de la prueba.

Por último, el enfoque basado en la privación de subjetividad del sindicato permite explicar también por qué el TS no reduce la indemnización determinada por la Audiencia Nacional, aunque finalmente había considerado que la información aportada por la empresa sobre los vuelos protegidos no vulneraba la libertad sindical. Esto es así porque el perjuicio sufrido por los sindicatos convocantes no deriva de cada una de las conductas empresariales considerada por separado, sino de la finalidad general de la empresa de vaciar el contenido de su derecho a convocar huelga, que podía desprenderse también del resto de los comportamientos impugnados.

5. CONCLUSIÓN FINAL

La sentencia del TS objeto de comentario es acertada al considerar que la indemnización fijada por la sentencia de la AN no es desorbitada, excesiva ni arbitraria. Sin embargo, su argumentación presenta algunas deficiencias

tanto en lo que respecta a la identificación del daño como a su determinación cuantitativa. Probablemente esto se debe a que en nuestro sistema jurídico, los recursos argumentativos actualmente disponibles son insuficientes para abordar los problemas relativos al daño moral, particularmente en lo que respecta a la identificación y cuantificación de los daños inherentes a la vulneración del derecho fundamental. Esto resulta especialmente palpable en la vulneración del derecho de huelga en su dimensión colectiva, donde la privación del derecho produce un perjuicio que no guarda relación con el sufrimiento psicológico y que, al mismo tiempo, es independiente de otros daños más específicos que puedan acreditarse, como los que se refieren a la pérdida de prestigio del sindicato.

A nuestro juicio, estos problemas pueden enfocarse mejor si se concibe la privación del derecho como una exclusión del reconocimiento de la víctima como sujeto de derechos. En el caso de las personas físicas, esto afecta significativamente a la configuración de la identidad personal y, por tanto, a su dignidad, pero el perjuicio también aparece en las personas jurídicas, en tanto que el reconocimiento de su subjetividad se constituye como un valor protegido por el ordenamiento jurídico, como sucede en el caso de la libertad sindical. La restitución de las víctimas al ejercicio pleno de sus derechos fundamentales resulta casi siempre imposible, puesto que no cabe retrotraerse al momento anterior a la vulneración. De este modo, si no se reconoce una compensación para la víctima a cargo del agresor, a efectos prácticos es como si el derecho no hubiera existido, consolidando así la agresión al estatuto jurídico de la persona.

Esta perspectiva de análisis permite abordar de manera adecuada la incertidumbre que aún subsiste en lo que respecta a la "automaticidad" de los daños morales, así como las dificultades que se plantean en estos casos para determinar la gravedad del perjuicio a efectos de cuantificar el importe de la indemnización. Por otra parte, desde este planteamiento también pueden establecerse conexiones apropiadas con la necesidad de que la compensación sea suficientemente disuasoria, sin necesidad de acudir a la lógica del *ius puniendi*, que presenta numerosos problemas en su proyección sobre las relaciones entre particulares.

LÍMITES EN LA CONFIGURACIÓN CONVENCIONAL DEL LLAMAMIENTO DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO Y SU CONEXIÓN CON LA (NO TRASPUESTA) DIRECTIVA (UE) 2019/1152*

LIMITS ON THE CONTRACTUAL REGULATION OF THE RECALL IN FIXED-DISCONTINUOUS CONTRACTS AND ITS CONNECTION WITH DIRECTIVE (EU) 2019/1152 (NOT TRANSPOSED)

Antonio Costa Reyes**

Sentencia del Tribunal Supremo 255/2025, de 27 de marzo, Rec. 73/2023
ECLI: ES:TS:2025:1431

SUPUESTO DE HECHO: La Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT (FESMC-UGT) interpuso ante la Audiencia Nacional demanda de impugnación de convenio colectivo, solicitando la nulidad por ilegalidad de diversos preceptos del VIII Convenio Colectivo de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 28/07/2022). Los preceptos impugnados afectaban, por lo que aquí interesará, al régimen del contrato fijo-discontinuo (art. 22.1 *bis*), especialmente en lo relativo al llamamiento y, en concreto, respecto a los plazos de preaviso (general y para supuestos "sorpresivos") y su incidencia en las consecuencias de su inobservancia por la persona trabajadora ("supondrá su renuncia al puesto de trabajo, y por lo tanto su baja voluntaria") y sobre los medios para su notificación (whatsapp, email, SMI, etc).

La empresa en cuestión tiene por objeto la realización de servicios auxiliares para otras empresas en el marco de los procesos de externalización productiva y que se plasman en la correspondiente contrata mercantil.

La Audiencia Nacional (SAN 162/2022 de diciembre, rec. 287/2022) estimó parcialmente el recurso respecto a las previsiones convencionales contenidas en el mencionado art. 22.1 bis. Así, por un lado, desestima las pretensiones de nulidad esgrimidas por el sindicato demandante en relación con el plazo *general* mínimo de 48 horas de preaviso para el llamamiento, al entender que la normativa deriva a la negociación colectiva la concreción o establecimiento del mismo, sin que nada más se le exija en la remisión hecha en relación a tal preaviso en el art. 16.3

* Este trabajo es parte del Proyecto PID2022-139488OB-100, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/UE.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba. IP2 Proyecto Nacional Re-incluye.

 Recepción original: 23.02.2026. Aceptación: 24.02.2026

LET ("*antelación adecuada*"), ni tampoco del que considera término equivalente ("*preaviso razonable*"), utilizado para corroborar aquella conclusión, previsto en el art. 10 Directiva 2019/1152. En consecuencia, concluye, no cabe apreciar que tal plazo *general* pueda ser contrario a la legalidad. Del mismo modo, rechaza la pretendida nulidad respecto a la posibilidad de que el llamamiento pueda llevarse a cabo por WhatsApp o mensaje de texto, porque en ambos casos se ajusta a las exigencias del art. 16.3 LET para formalizar el llamamiento, pues "se realizan por escrito y de ellas queda constancia suficiente para adverar su existencia y contenido. También ocurre igual cuando se utilizan los buzones de voz como medio de comunicación no escrito". Todo ello, sin perjuicio de que reconocer que, en todo caso, "recae en el empresario la carga probatoria de haber realizado el llamamiento".

Sin embargo, por otro lado, estimó el recurso planteado por UGT y declara la nulidad de la previsión convencional del referido art. 22.1 *bis* que admite para los fijos discontinuos un preaviso inferior al *general* (48 h. mínimo) para el caso de los llamados "servicios sorpresivos", esto es, en aquellos que la empresa acredite la imposibilidad de llamamiento con aquélla antelación mínima general. Entiende en este punto la SAN que tal indicación convencional de que el contrato fijo discontinuo "pueda emplearse para servicios sorpresivos es contraria a los arts. 15 y 16 ET", ya que la "previsibilidad/imprevisibilidad (*constituye*) una nota diferenciadora esencial entre ambos tipos de contrato" y, por tanto, atendiendo a la configuración que el convenio realiza respecto al supuesto "sorpresivo", se estaría "admitiendo que los contratos fijos discontinuos se apliquen para la cobertura de incrementos imprevisibles de la actividad y con ello adultera la adecuada aplicación de las normas legales, arts. 15 y 16 ET". A partir de este razonamiento, arrastra a la misma consecuencia todas las otras referencias hechas al caso de preaviso inferior a 48 horas (flexibilidad en el horario de la primera incorporación, plazos de respuesta máximos por parte del trabajador en esos casos o la limitada posibilidad de un cierto número de rechazos justificados ante tales llamamientos).

Contra dicha sentencia interpusieron recurso de casación por infracción del art. 16.3 ET en relación con la Directiva 2019/1152 tanto el sindicato demandante (pretendiendo la nulidad de lo desestimado, añadiendo también la referencia al art. 7 C.Civ. y a la LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y el Reglamento General de Protección de Datos), como la empresa (solicitando la íntegra validez del convenio, aduciendo que la nulidad, además, implica vulnerar los arts. 28.1 y 37.1 CE).

RESUMEN: El presente trabajo analiza la doctrina fijada por la STS 255/2025, de 27 de marzo (Rec. 73/2023) con relación al contrato fijo discontinuo, en particular, respecto a los límites de la regulación convencional en materia de llamamiento, previsibilidad del trabajo y facultades empresariales de organización.

Se trata de la primera sentencia del Alto Tribunal español que analiza la regulación de la contratación laboral nacida de la reforma laboral de 2021.

El estudio se centra en la nulidad de diversas cláusulas de un convenio colectivo de empresa que configuraban un importante régimen de disponibilidad para atender necesidades sorpresivas a través de una laxa regulación sobre los plazos de preaviso en el contrato fijo-discontinuo vinculado a contratas. La sentencia comentada implicará una interpretación garantista del fijo discontinuo, reforzando la exigencia de previsibilidad mínima del trabajo y rechazando el criterio de la SAN sobre la admisión del plazo general de preaviso que fija el convenio (casada en este punto) y fundamentando la nulidad de las cláusulas sobre el preaviso sorpresivo en razones distintas a las mantenidas en la resolución recurrida. La sentencia también aporta elementos interesantes sobre el alcance de las remisiones a la negociación colectiva para concretar ciertas exigencias normativas y supone una buena evidencia de la necesidad de una adecuada transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 por su incidencia en el *nuevo* fijo discontinuo como patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible.

ÍNDICE

1. Introducción
2. La contratación de las personas empleadas en contratas y el "nuevo" marco normativo de la contratación laboral nacido del RDL 32/2021
3. El artículo 16 ET y la centralidad del llamamiento
4. Negociación colectiva y concreción del régimen del llamamiento
   4.1. Forma del llamamiento: su notificación.
   4.2. Plazo del llamamiento: antelación adecuada y preaviso razonable.
5. Trabajos de patrón imprevisible y garantías. Incidencia en el fijo discontinuo de la directiva (UE) 2019/1152: entre el olvido de aquél y la no transposición de ésta
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos declarados de la reforma laboral operada por el Real Decreto-ley 32/2021 fue, precisamente, reconducir ciertas pautas abusivas de contratación temporal (particularmente, pero no solo, respecto al extinto contrato para obra o servicio vinculados a una contrata y, con él, la utilidad del criterio *funcional* que el TS manejaba para admitir la contrata como objeto de ese modalidad temporal), hacia la renovada figura del fijo discontinuo, pues esta figura posibilitaría, además y de manera más acertada, reconducir el oxímoron de la flexiguridad, ya que permite mayores dosis de seguridad para el trabajador, sin renunciar a la flexibilidad empresarial.

Este desplazamiento funcional ha generado, de manera casi inmediata, intensos conflictos interpretativos, especialmente en sectores caracterizados por la variabilidad de la demanda (fijo discontinuo intermitente) o la externalización productiva y la prestación de servicios a terceros (fijo discontinuo vinculado a contratas previsibles o, incluso, el previsto para ETT). En este contexto, algunos convenios han intentado, en no pocas ocasiones, adaptar el régimen del fijo-discontinuo a lógicas de flexibilidad extrema, próximas al trabajo *a demanda* o *a llamada* y tensionando así los límites del marco legal, pues se trataría de una creación "que no permite el ordenamiento jurídico español" (STSJ Madrid 789/2024, de 9 de octubre, r. 450/2024 -ECLI: ES:TSJM:2024:14551-), tal y como ya declaró nuestra jurisprudencia (por todas, STS 123/2019, de 19 de febrero, r. 971/2017 -ECLI:ES:TS:2019:795-).

La STS 255/2025, de 27 de marzo, constituye un hito relevante en este proceso, al ofrecer una construcción sistemática de los límites normativos que condicionan la regulación convencional del llamamiento y de la disponibilidad de las personas trabajadoras fijas-discontinuas. Lo que entronca con -el problema derivado de la falta de una adecuada y completa transposición de- la Directiva (UE) 2019/1152 y los graves riesgos que ello conlleva para los llamados trabajos con un patrón total o mayoritariamente imprevisible.

2. LA CONTRATACIÓN DE LAS PERSONAS EMPLEADAS EN CONTRATAS Y EL "NUEVO" MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL NACIDO DEL RDL 32/2021

La cuestión central objeto de las sentencias analizadas, en el punto que aquí interesa, nos remite al problema clásico de cuál sea la modalidad contractual válida para la contratación de las personas trabajadoras empleadas en una contrata. Y sobre esta temática encontramos dos expresas referencias de interés para nuestro caso (empresa contratista habitual): una, en el art. 16.2, 2º LET: "El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa". Y otra, en el art. 15.2 LET, al referirse al contrato temporal por circunstancias de la producción, cuando señala (párr. 8º) "No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos anteriores"; esto es, ya sea "para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada" o y sea para responder al "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" (referido al fijo discontinuo).

Como se infiere del art. 15.2, 8º LET, pese a la formal derogación del contrato temporal por obra o servicio determinado, lo cierto es que, en algunos casos, pareciera que una contrata puede justificar la contratación temporal *ex* art. 15.2 LET si se cumplen los requisitos que para ello exige el art. 15.2 LET (incluida la vigencia máxima) y, por tanto, que no sean susceptibles de un contrato fijo discontinuo (art. 16.1 LET).

En opinión de la SAN recurrida, como adelantábamos, la cuestión se resuelve sobre la base de que constituye "la previsibilidad/imprevisibilidad una nota diferenciadora esencial entre ambos tipos de contrato", y partiendo de que considera que las contratas "sorpresivas" son equivalentes a imprevisibles, prosigue la STS, la sentencia recurrida, "al entender que el convenio colectivo configura el llamamiento con antelación inferior a 48 horas a los supuestos de trabajos imprevisibles", "considera que no cabe utilizar los llamamientos de los trabajadores fijos discontinuos para cubrir incrementos imprevisibles de la actividad empresarial, porque tal supuesto es el que está contemplado en el artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores".

Sin embargo, sobre este punto, la STS 255/2025 que comentamos no parece alinearse con tal postura o, por expresarlo de manera más correcta, para resolver la cuestión objeto del recurso en este punto y, por ende, sobre la nulidad del precepto convencional relativo a los servicios "sorpresivos", no se fundamenta en que lo imprevisible sea propio y exclusivo del contrato temporal. En efecto, y como luego veremos, el Alto Tribunal no se adhiere a ese razonamiento dicotómico, y resolverá las cuestiones relativas al (plazo de) llamamiento sobre la base de otro elemento que deviene esencial o nuclear: qué sea una antelación adecuada o un preaviso razonable y cuáles las garantías laborales en caso contrario.

En otras palabras, la cuestión de la licitud (o no) de la previsión convencional relativa al llamamiento, tanto el *general* como para el servicio *sorpresivo*, no la hace depender de que éste último, por ser imprevisible, explica y justificaría tan solo la contratación temporal. En nuestra opinión, el hecho de no adherirse al razonamiento de la SAN para anular esta previsión convencional merece ser destacado, pues en nuestra opinión, supone no alinearse con la idea de que si la contrata es imprevisible (esto es, cuando la contratista no puede conocerla con una antelación adecuada), lo que corresponde es un contrato temporal. Y es que, también en mi opinión, tal fundamento de la sentencia recurrida en este punto no nos parece correcto, porque ese mimetismo para el caso de contratas no se infiere de la norma y, además, parece contrario a la Reforma y al fundamento jurisprudencial que está detrás de los cambios en el art. 15 y 16 LET respecto a la contratación laboral de quienes son empleados en las contratas (Costa Reyes, 2021 y 2025: 76-77). De ahí lo acertado de la STS que comentamos de fundamentar su decisión en

otros argumentos, y de no cuestionar lo acertado de la modalidad contractual de fijo discontinuo ni rechazar la posibilidad de emplear a los inactivos en las contratas sorpresivas-imprevisibles, eso sí, siempre que se respeten las correspondientes garantías comunitarias (las cuales no concurren, como luego veremos).

Y es que, a mi modo de ver, el rasgo común del contrato temporal por circunstancias de la producción nacido de la reforma operada por el RDL 32/2021 (por tanto, a salvo de la nueva submodalidad *excepcional* introducida por la Ley 1/2025 en el art.-15.2, 7º LET), no es tanto la imprevisibilidad cuanto la *ocasionalidad* del trabajo o actividad, esto es, para cubrir una necesidad que sólo ocurre en alguna ocasión o excepcionalmente, ya sea previsible o imprevisible[1]. Por tanto, no se justificará el contrato de duración determinada si dicha actividad (circunstancia de la producción) es habitual o propia de la dinámica ordinaria y estructural de la empresa, es decir, si forma parte del volumen que normalmente ésta viene desarrollando[2]. Y al respecto, es oportuno puntualizar, por lo que de interés tiene para nuestro caso, que el hecho de que la actividad derive de nuevos pedidos/clientes no justifica para ellos el recurso al contrato temporal, porque la empresa para desarrollar su actividad ordinaria en términos cuantitativos precisa "la continua captación de clientes o el mantenimiento de los mismos"[3].

En resumen, y particularmente para empresas como las que son objeto de este supuesto, el hecho de que la empleadora, contratista *habitual*, concierte una nueva contrata que entraña una antelación inferior al plazo del llamamiento *ex* art 16 LET, no significa que, *per se*, pueda -o que deba incluso- realizar un contrato temporal para darle cobertura[4]. En palabras de la STS 255/2025: "El propio precepto que justifica el recurso a la contratación fija discontinua en el caso de contratas incorpora la referencia a la previsibilidad, de manera que estamos en un ámbito en el que la actividad debe obedecer a una previa planificación de los recursos". Con todo, como luego veremos, lo afirmado no excluye que la empresa pretenda emplear a sus trabajadores fijos discontinuos inactivos en una contrata sorpresiva, pero en ese caso, debe garantizar la protección que le reconoce la Directiva para los trabajos con pauta *imprevisible*.

[1] *Vid*. STSJ Andalucía/Granada 960/2024, de 25 de abril, r. 1302/2023 (ECLI: ES:TSJAND:2024:2317) y STSJ Cataluña 644/2025, de 13 de febrero, r. 3920/2024 (ECLI:ES:TSJCAT:2025:700).

[2] C.fr., STSJ Asturias 1187/2024, de 9 de julio, r. 1019/2024 (ECLI: ES:TSJAS:2024:2054)

[3] STSJ Murcia 354/2025, de 25 de marzo, r. 1171/2024 (ECLI: ES:TSJMU:2025:565).

[4] Tal y como hemos explicado en otro lugar (Costa Reyes, 2026: 65-66 y 74), es importante observar que el fijo discontinuo no es una modalidad necesaria para el caso de contratas, como claramente se infiere de la diversa redacción de los supuestos del primer párrafo del art. 16.1 LET (*se concertará* necesariamente) respecto a los dos restantes (*podrá*). Es más, tal y como explicábamos allí (*ibidem*, p. 53), en este tipo de contratistas, aquellos casos de contratas que no puedan reconducirse a este fijo discontinuo, la regla será un contrato indefinido.

3. EL ARTÍCULO 16 ET Y LA CENTRALIDAD DEL LLAMAMIENTO

Como hemos adelantado, la reforma en materia de contratación laboral fortaleció el principio de estabilidad en el empleo, ya sea limitando sustancialmente el recurso a la contratación temporal (reforzando así su consideración como excepción a la regla de la relación indefinida -también *ex* Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada-), ya sea derivando hacia el fijo discontinuo supuestos que bajo la anterior regulación justificaban la contratación temporal (paradigmático en este sentido la expresa inclusión del supuesto para la contratación bajo tal modalidad por parte de la ETT de trabajadores para ser puestos a disposición de una empresa usuaria y, sobre todo, el relativo al asunto aquí tratado: personas empleadas para prestar servicio en un contrata mercantil por parte de una contratista habitual). En consecuencia, el fijo discontinuo responderá en mejor medida a la idea de flexiguridad: flexibilidad para la empresa (pues permite emplear a las personas solo cuando la contrata esté vigente o desarrollándose) y seguridad para la persona trabajadora (que en un contexto de trabajo intermitente como es este este caso, implicara una apuesta por su estabilidad y, por simplificación, por el carácter indefinido la relación laboral).

Ergo, para que esa seguridad sea cierta en una relación que se activa en función de las necesidades productivas de su empleadora (concertar contratas, "es decir, al requerimiento de prestación de servicios realizado por la empresa principal según sus necesidades"), es evidente que deberán tenerse en cuenta las garantías y exigencias propias de una actividad que por su propia singularidad manifestará un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible. Y el principal instrumento para tal *seguridad* en esta modalidad será el llamamiento, ya que no solo garantiza el derecho de la persona trabajadora a reintegrarse si concurre la actividad -y su concreta prestación- que justifica su contrato fijo discontinuo, sino que también le permite saber anticipadamente cuándo debe hacerlo.

En nuestra opinión, la STS 255/2025 parece captar mejor que la Audiencia Nacional la significación del cambio normativo derivado de la reforma, en el sentido de entender que el llamamiento se erige en categoría estructural del derecho a la estabilidad y, por tanto, en el eje vertebrador y contenido esencial del contrato. No se trata pues de un mero acto organizativo, sino de una obligación empresarial de carácter jurídico, cuya configuración debe permitir a la persona trabajadora conocer con antelación razonable la activación de su relación laboral y, del mismo modo, evitar que pueda verse perjudicado en sus derechos, en concreto, que se extinga tal relación por no atender a una llamada sorpresiva (algo, reiteramos, particularmente posible atendiendo al objeto de esta modalidad concreta: cubrir contratas concertadas por su empresa, las cuales evidentemente no serán conocidas en todo momento, pues dependen precisamente de razones de mercado).

Y es precisamente esa consideración la que, creemos, lleva al Alto Tribunal a afirmar que, sin entrar a cuál sea la diferencia entre art. 15 y art. 16 LET, la

cuestión o problema a dilucidar en el caso es el relativo al (plazo de preaviso del) llamamiento, de ahí que concluya que "los dos anclajes normativos de la materia se encuentran, por una parte, en el artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores y en segundo lugar en el artículo 10 de 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". Esa centralidad se evidenciará, continúa el Alto Tribunal, en el valor dado al tratamiento normativo del llamamiento, pues, aunque en ambos casos se remite su desarrollo a la negociación colectiva, subraya los aspectos o elementos configuradores del llamamiento que, en consecuencia, son una exigencia normativa: criterios objetivos y formales del mismo, el plazo en el que efectuarlo, etc.

Es decir, y esta conclusión es relevante, si bien parece coincidir con el razonamiento de la SAN cuando afirma que, con relación al plazo de llamamiento, tienen un contenido igual tanto la obligación resultante del art. 16.3 LET (que el llamamiento se haga con una *antelación adecuada*) como la del art. 10 Directiva (UE) 2019/1152 (que el empleador informe al trabajador con un *preaviso razonable*); no menos cierto es que difiere radicalmente respecto al alcance de tal delegación a la negociación colectiva, pues mientras que SAN afirma que estamos ante una remisión en blanco, sin más condicionante, la sentencia comentada afirmará que "lo cierto es que la obligación de que ese plazo sea adecuado o razonable es una exigencia normativa que el convenio colectivo debe respetar"…precisamente, entendemos, en orden a satisfacer el objetivo último del llamamiento y, por ende, los derechos de estabilidad antes referidos.

4. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONCRECIÓN DEL RÉGIMEN DEL LLAMAMIENTO

Las cuestiones que debe abordar la STS 255/2025 versan, en suma, sobre aspectos relativos al régimen y configuración del llamamiento (art. 16.3, 1º LET), en particular, respecto al margen que sobre esas materias concretas tiene la negociación colectiva. Recordemos lo que señala el precepto referido: "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. En todo caso, el llamamiento deberá realizarse *por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación* a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una *antelación adecuada*" (la *cursiva* es nuestro). Recuérdese una vez más que las reglas establecidas sobre el llamamiento comprometen a trabajador y empresario, de tal suerte que, con respecto a este último, "las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento" (art. 16.3, 2º LET), lo que implica la posibilidad, entre otras de las acciones frente al despido (tácito), reclamación de salarios, etc. Y

en cuanto al primero, la falta de atención al llamamiento lícito podría considerarse -como suele preverse por la negociación colectiva y así ocurre en el caso aquí resuelto- como causa del extinción del contrato en los términos que señalamos luego.

4.1. Forma del llamamiento: su notificación

Sobre la base del reiterado art. 16.3 LET en esta cuestión ("…el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada…"), se plantea una de las causas del recurso de casación formulado por UGT, cuestionado en este caso la validez de que el mismo se realice mediante WhatsApp, mensaje de texto o correo electrónico. Tal pretensión la sostiene el sindicato sobre la base de dos fundamentos: de un lado, de la posible conculcación del Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD). En concreto, porque, observa el recurrente, "el número de teléfono (móvil o fijo) o la dirección de correo electrónico, como ocurre con la dirección del domicilio, cuando corresponde a una persona física identificada o identificable, constituye un dato personal", y "por tanto, cualquier operación realizada con esos datos personales, desde la recogida hasta su destrucción, pasando por su conservación consulta o utilización, constituye un tratamiento (…)" (*ex* art. 4 RGPD) y, en consecuencia, no podría obligarse o imponerse al trabajador su indicación sin su consentimiento.

Si bien esta argumentación no fue contrarrestada en la SAN recurrida, pese a que la misma sí entró en la cuestión de la forma del llamamiento por esto medios y concluyó sobre la licitud de la misma, como también hará el Alto Tribunal, éste si se pronunciará expresamente sobre este extremo. Así, afirmado que el número de teléfono (WhatsApp/SMS) o el correo electrónico son de datos personales, recuerda que su tratamiento "puede ser lícito o ilícito, según el tipo de dato (si se trata de un dato ordinario o de un dato de categoría especial del artículo 9 RGPD) y de la existencia de una base jurídica del tratamiento suficiente, así como del respeto en el tratamiento de los principios y las limitaciones derivadas del Reglamento". En concreto, y respecto a lo primero, afirma que se trata de datos de "categoría general, por lo que se aplican las bases de tratamiento del artículo 6 RGPD", para cuyo tratamiento lícito, no constando como necesario el consentimiento previo de la perdona trabajadora, puede operar como base legitimadora de la empresa el art. 6.1, *b* RGPD, "esto es, que el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte".

Recuerda en este punto que, en este caso, lo aportado son esos datos electrónicos (teléfono o email) "como meros medios de contacto ocasional", es decir, aquí no se exige para ejecutar su trabajo la aportación de su celular, la apertura de una cuenta personal de correo o la instalación de una app en sus dispositivos,

lo cual no sería exigible[5]. Más al contrario, en el caso enjuiciado se trata de que, precisamente por la particularidad del fijo discontinuo (trabajo intermitente), "el desarrollo del contrato puede exigir contactar con el trabajador fuera del centro u horario de trabajo, en cuyo caso la empresa tiene una base de legitimación" para requerirlos (*ex* art. 6.1, b RGPD), pero el "tratamiento de este dato, imponiendo la obligatoriedad de su recogida, debe respetar los principios de proporcionalidad, minimización y limitación de la finalidad (…)". Y al respecto, concluye la STS 255/25 que, para los llamamientos, "no existe una desproporción en la exigencia de un medio de comunicación electrónico para recibir los mismos, puesto que la comunicación en el domicilio físico de la persona trabajadora convertiría el sistema de llamamientos en lento e inseguro, inapropiado para esta finalidad", más aún cuando "el convenio colectivo aquí no impone un medio concreto, sino simplemente que deja que sea el trabajador el que indique sus datos de contacto a estos efectos" (email, teléfono, domicilio postal, etc.), y el hecho de que pueda "proporcionar como dato de contacto uno de naturaleza electrónica nos parece adecuado a nuestra realidad social actual". Y en este sentido, el TS afirmará que no debe confundirse esa lícita notificación electrónica del llamamiento con el deber de la empresa de comunicar por escrito y en papel a cada trabajador la información exigida en virtud del art. 4.2 Directiva 2019/1152, porque dentro de la misma no se incluyen los llamamientos del trabajador fijo discontinuo.

Y, de otro lado, en opinión de UGT la ilicitud de la notificación por vía electrónica (whatsapp, email, sms) se derivaría de su inadecuación al art. 16.3 LET, ya que no se respetaría la exigencia de que el llamamiento se plasme en papel, que es la consecuencia de que deba "realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación". Frente a tal argumentación, la sentencia comentada observa que "no debe confundirse la forma escrita con el soporte de la misma, que puede ser de naturaleza electrónica y no solamente el papel" (recodando además que tales notificaciones electrónicas ya han sido admitidas como comunicación escrita tanto en la jurisprudencia como en la Ley -*v.gr*., art. 23.3 Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico-).

Coincidiendo pues con la SAN en este punto, concluye el TS la licitud y conformidad de la comunicación electrónica del llamamiento, pues permite dejar constancia de su debida notificación, que es lo realmente exigido por el art. 16.3 LET en este punto; por lo que reitera una vez más que, en todo caso, como deber-obligación que es de la empresa, a ella corresponderá acreditar que la notificación se produjo, para lo cual deberá guardar "recibo fidedigno del mismo, tanto mediante la firma de recibo en papel o medios técnicos informáticos a tal efecto".

[5] Como sí ocurrió en la STS 163/2021, de 8 de febrero, r. 84/2019 (ECLI: ES:TS:2021:518), aportada por UGT, y que por tanto, nada tiene que ver con este caso.

4.2. Plazo del llamamiento: antelación adecuada y preaviso razonable

Se trata, sin duda, de la cuestión central y aspecto que determina la casación parcial de la reiterada SAN. Recuérdese, como señalábamos al principio, que la sentencia recurrida estimo la pretensión del sindicato impugnante en lo relativo a los llamamientos (para servicios) "sorpresivos", esto es, aquellos con menos de 48h de antelación, que es el plazo general de antelación mínima fijado en el cuestionado art 22.bis del Convenio impugnado. Nulidad que basará, como también vimos, en el hecho de que tales llamamientos lo eran para servicios *imprevisibles*, por lo que su indicación para los fijos discontinuos consideraba "contraria a los arts. 15 y 16 ET", ya que aquéllos solo tienen cabida bajo el contrato temporal. Sin embargo, desestimará la pretensión de UGT y admitirá la validez del plazo general de llamamiento previsto (mínimo 48 hs.), sobre la base de que, siendo equiparables a estos efectos (plazo de llamamiento) la *antelación adecuada* del art. 16.3 LET y el *preaviso razonable* del art. 10 (en conexión con el art. 4 -que, curiosamente, no menciona-) Directiva (UE) 2019/1152 aún no traspuesta, "ni el legislador comunitario ni el nacional fijan con mayor precisión y su concreción lo derivan a la decisión de los negociadores del convenio colectivo". Por tanto, resolverá, como en este caso hubo tal desarrollo por parte del convenio, ha de estarse a la libre voluntad de las partes colectivas ahí manifestada y, en suma, validando el precepto convencional en este aspecto.

Como también explicamos *supra*, y refiriéndonos a la primera cuestión (llamamiento ante servicios *sorpresivos*), el TS, con buen criterio a nuestro modo de ver, no confirma aquel razonamiento de la SAN respecto al mencionado fundamento para anular la referida previsión convencional. En su lugar, basará la inadecuación del convenio en lo relativo a todo plazo de llamamiento en su desajuste con el art. 16 LET y en la mencionada Directiva (UE) 2019/1152. Es decir, será la previsión relativa al plazo de preaviso contenida en ambas normas el elemento clave para dilucidar la licitud o no de la previsión convencional cuestionada sobre el plazo de llamamiento, tanto el general como el previsto para servicios sorpresivos (art. 22.1, bis. 3, 2º, 6º y 82)[6].

En este sentido, superando el mero control formal que realiza la SAN recurrida (esto es, que se ha recogido en el convenio un preaviso general), la STS comentada va más allá y -como ya advertíamos-afirmará que el "plazo sea adecuado o razonable es una exigencia normativa que el convenio colectivo debe respetar". Es decir, niega que estemos ante una remisión en blanco o que aquella normativa nada exija en términos materiales respecto al plazo. Conclusión que no

[6] Como advierte la propia Directiva (Considerando 32) "Un plazo de preaviso mínimo razonable, entendido como el período de tiempo transcurrido entre el momento en que se informa al trabajador de una nueva tarea asignada y el momento en que ésta comienza". Por tanto, y al igual que también hemos defendido respecto a la antelación razonable del llamamiento, el *dies a quo* es el de la recepción por parte de la persona fija discontinua (Costa Reyes, 2026: 93-94).

excluye reconocer igualmente que, "no obstante ese plazo es un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance habrá de decidirse en función de las circunstancias de cada caso concreto", y en este sentido, nos parece acertada la idea a la que llega respecto a que el plazo de preaviso que fije la negociación colectiva, cualquiera que sea, goza en principio (solo) de una presunción de razonabilidad (particularmente reforzada en el caso de convenios con ámbito funcional amplio y suscritos por organizaciones suficientemente representativas -lo que aquí no ocurrirá-), precisamente por la referida remisión normativa y porque tales negociadores son quienes en mejor posición están para valorarlo, pues conocen las circunstancias concretas y características del sector y los intereses de las empresas y las personas trabajadoras del mismo.

No obstante, y siguiendo su línea argumental, el Alto Tribunal advierte que la razonabilidad mínima del plazo de preaviso debe tener en cuenta no solo la mera voluntad de los negociadores, sino las circunstancias concurrentes, y por lo que respecta al asunto a resolver, el tipo o modalidad de fijo discontinuo (en nuestro caso, para la ejecución de contratas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa). Obsérvese que, aunque no lo explicite, el razonamiento del TS también tiene su base en la propia Directiva, porque en ella se señala que "la duración del plazo de preaviso puede variar en función de las necesidades del sector de que se trate, siempre que se garantice la protección adecuada de los trabajadores" (Considerando 32). Y en ese contexto, teniendo en cuenta la exigencia de previsibilidad, el TS tomará en cuenta como criterio para valorar aquella razonabilidad o adecuación otras previsiones legales para supuestos análogos, en concreto, el art 34.2 LET, pues entiende que en el mismo se "regula otro tipo de llamamientos, que es el que se produce en el caso de distribución irregular de la jornada a lo largo del año (las conocidas como 'bolsas de horas'…)". Y comparando ambos supuestos, concluye que "si para una persona trabajadora sujeta a una distribución irregular de jornada, que con carácter ordinario no puede exceder del diez por ciento de la jornada de trabajo anual (…), disfrutando por tanto de una previsibilidad de su jornada en el 90% restante, la Ley fija un mínimo inderogable de cinco días de antelación temporal para los llamamientos, no nos parece que un plazo de 48 horas, como el fijado en el convenio colectivo impugnado, cumpla con el requisito de razonabilidad exigible". Tanto más, reiteramos nosotros, porque en el caso del fijo discontinuo de esta concreta modalidad la imprevisibilidad del trabajo es total o mayoritaria, pues se le advierte del propio inicio del trabajo y no solo de un mero cambio de jornada[7].

[7] "Cuestión distinta será que el convenio pueda reclamar un tiempo menor de respuesta-aceptación a la notificación empresarial del llamamiento y, en su caso, anudarle también efectos al silencio más allá de ese plazo, pues en este caso no se trata de la reincorporación (con los efectos de no atenderla), sino una mera respuesta, cuya urgencia sí puede tener interés al objeto de que pueda organizarse adecuadamente la actividad", Costa Reyes, 2026: 85-86.

5. TRABAJOS DE PATRÓN IMPREVISIBLE Y SUS GARANTÍAS. INCIDENCIA EN EL FIJO DISCONTINUO DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152

Llegados a este punto, la STS 255/25 se adentra en un razonamiento para confirmar la ilicitud de los plazos de llamamiento prefijados que nos parece particularmente interesante, pues parece tomar en consideración (la ausencia de) las garantías previstas en la Directiva (UE) 2019/1152 para el caso de trabajos con pauta total o mayoritariamente imprevisible.

Al respecto debemos recordar que el art. 10 de dicha norma comunitaria se refiere a la llamada "previsibilidad mínima del trabajo" (precepto que se recoge, no debemos perderlo de vista, en el Capítulo III, relativo a los "Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo"). Pues bien, para los casos de imprevisibilidad del trabajo como los que son objeto de la sentencia que comentamos, se establece que "los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes" (acumulativamente):

a) el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados (*ex* art. 4.2.m, *ii*) en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje
b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable.

Y como derivada de tal garantía, la Directiva impone que, si no se cumple uno o ninguno de esos requisitos o condiciones establecidos, "el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables" (art. 10.2).

Obsérvese que para que opere esta garantía bastaría con que ese tipo de trabajos de patrón imprevisible no cumpliera una de las condiciones. Por tanto, es posible que opere incluso aunque el preaviso fuese razonable (anticipación adecuada), cuando no se llama dentro de los días de referencia predeterminados o cuando éstos, simplemente, no existen. Hecho que es muy factible dados los nuevos supuestos de fijo discontinuo que recoge el art. 16 LET, y no solo para los casos de ETT y empresas contratistas, sino también respecto del fijo discontinuo *intermitente*[8].

Como puede observarse, en el caso resuelto en la sentencia que comentamos parece claro que no se cumple ninguna de las dos condiciones, pues no solo se ha concluido que el preaviso no es *razonable* (adecuado, en los términos del art. 16.3, 1º *in fine*), sino que, además y muy especialmente respecto a la modalidad de fijo discontinuo afectos a contratas, en el general de los casos, también carecerán de una fecha de referencia, pues no responden a actividades estacionales o de temporada ni, en definitiva, cíclicas en periodos temporales homogéneos.

[8] En extenso, sobre todos ellos, Costa Reyes, 2026: 69 y ss.

Una vez hechas las advertencias y precisiones anteriores, debemos señalar ahora que la STS comentada parece basarse en tal previsión garantista de la Directiva (que copia explícitamente) para confirmar la ilicitud del precepto convencional controvertido (art. 22.1. bis, 3) y reafirmar así la nulidad del plazo de llamamiento y todas las demás previsiones contempladas en el mismo que se ven afectadas por esa cuestión.

Así lo entendemos cuando el Alto Tribunal, en el FJ Segundo.13, responde a otra la alegación hecha por parte de la empresa para sostener la validez de los plazos de llamamiento prefijados convencionalmente: "no son ilícitos en tanto en cuanto el propio convenio colectivo prevé la posibilidad de que sean rechazados sin consecuencias". Adviértase que, al entrar a responder a este argumento del recurso empresarial, parece evidenciarse una vez más que la imprevisibilidad de un servicio no predetermina la modalidad contractual posible para el trabajador ahí empleado (temporal, fija discontinua, tiempo parcial, etc.), sino que parece admitir que sería lícita la previsión convencional de un breve plazo de preaviso si la negativa de la persona trabajadora a aceptarlo no tuviera repercusión negativa. Esa licitud se refuerza cuando la Directiva señala que, incluso en esos casos, "los trabajadores deben tener también la posibilidad de aceptar la tarea asignada si así lo desean" (Considerando 33). En otras palabras, por un lado, un trabajo de patrón imprevisible no reclama en todo caso un contrato temporal (lo que además podría contravenir la Directiva 1999/70/CE); y, por otro lado, se infiere que es posible incluso pedir al trabajador que preste sus servicios ante una necesidad imprevisible, cualquiera que sea su contrato, siempre y cuando se den los dos requisitos o condiciones señalados: que se requiera dentro del periodo de referencia predeterminado y que sea informado por su empleador con un preaviso razonable. Lo que la Directiva exige de manera incondicional y suficientemente clara y precisa es que no dándose una o ninguna esas condiciones, el único resultado posible es proteger la posición del trabajador y permitirle rechazar esa oferta-llamamiento sin consecuencias para él. Y éste parece ser el argumento último de la STS 255/25 para confirmar la nulidad del convenio en este tema.

En efecto, y como recuerda el Tribunal, el convenio no prevé esa garantía para los llamamientos hechos sin anticipo razonable o preaviso adecuado, pues -como observa- "en modo alguno prevé la naturaleza voluntaria de los llamamientos", ya que, más al contrario, la regla prevista en el convenio es que "la incomparecencia de la persona trabajadora al llamamiento (…) supondrá su renuncia al puesto de trabajo, y por lo tanto su baja voluntaria". Sin perjuicio de reiterar aquí nuestras dudas respecto a la aparente automaticidad de la extinción en esos casos (prescindiendo al parecer del más mínimo procedimiento y sin atender a las concretas circunstancias que pudieran acontecer en el caso concreto), cuestión en la que no podemos adentrarnos ahora[9], lo cierto es que la única excepción real que

[9] En extenso, Costa Reyes, 2026: 87 y ss.

el convenio prevé para que la persona trabajadora pueda rechazar los llamamientos es "en supuestos totalmente extremos" (solo en los realizados con una anticipación de entre 1 y 3 horas, e incluso en esos, exigiendo una justificación o motivo).

En cualquier caso, es importante señalarlo una vez más, la sentencia comentada no explicita que declara la nulidad del precepto convencional porque se contravenga el art. 10 Directiva en este punto, al no admitir el rechazo en todo caso y sin consecuencias negativas para la persona trabajadora. Y no lo hace, creemos porque, entre otras razones, aunque la disposición (art. 10.1-.2 Directiva) es incondicional y suficientemente clara y precisa y la Directiva no ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico, pese a haberse superado con creces el plazo para ello (1 de agosto de 2022, tal y como establece en su art. 22.1); como decimos, pese a ello, no sería admisible su aplicación horizontal[10].

Sin embargo, no puede desconocerse que en su conclusión el alto Tribunal ha tenido en cuenta el mencionado precepto comunitario, y más importante incluso, es que con tal señalamiento respecto al fijo discontinuo, evidencia la necesidad de que la norma española contemple esas garantías también para esta modalidad contractual, lo que hasta el momento no ha ocurrido ni así se preveía en el "desaparecido" Proyecto de Ley (121/000008), del que poco se sabe desde abril de 2024.

6. BIBLIOGRAFÍA

Costa Reyes, A.

- (2021) "Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado. A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020 (nº 1137, rec. 240/2018)"; Trabajo y Derecho, 3/2021.
- (2025) "Balance de la reforma en materia de temporalidad y contratación laboral: el papel de los agentes sociales y la intervención de nuestros tribunales"; AA.VV. (Costa Reyes Dir. / Navarro Nieto, Coord.) Las reformas en la contratación laboral y en el empleo público. Un balance de la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; Bomarzo, 2025.
- (2026) La contratación temporal y fija discontinua tras la reforma; CARL, 2026

Ugartemendia Eceizabarrena, J.I., "Los mecanismos de eficacia equivalente a la eficacia horizontal de las directivas. Viejas consideraciones y nuevos apuntes"; Revista Española de Derecho Europeo-Civitas, 68/2018 (BIB\2018\13542).

[10] Sobre el tema, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, 2018 (BIB\2018\13542).

4
Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: OCTUBRE-DICIEMBRE DE 2025

- Ley 2/2025, de 12 de diciembre, de impulso y promoción de la producción ecológica y otras producciones agrarias, pesqueras y acuícolas certificadas en Andalucía. Organismo: Presidencia (Boletín número 243 de 18/12/2025 Sección: Disposiciones generales)
- Ley 3/2025, de 12 de diciembre, de Agentes Medioambientales de Andalucía. Organismo: Presidencia (Boletín número 243 de 18/12/2025 Sección: Disposiciones generales)
- Ley 4/2025, de 15 de diciembre, de espacios productivos para el fomento de la industria en Andalucía. Organismo: Presidencia (Boletín número 246 de 23/12/2025 Sección: Disposiciones generales)
- Ley 5/2025, de 16 de diciembre, de Vivienda de Andalucía. Organismo: Presidencia (Boletín número 247 de 24/12/2025 Sección: Disposiciones generales)
- Ley 6/2025, de 22 de diciembre, del Tercer Sector de Acción Social de Andalucía. Organismo: Presidencia (Boletín número 250 de 30/12/2025 Sección: Disposiciones generales)
- Ley 7/2025, de 22 de diciembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Organismo: Presidencia (Boletín número 251 de 31/12/2025 Sección: Disposiciones generales)
- Ley 8/2025, de 22 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2026. Organismo: Presidencia (Boletín número 251 de 31/12/2025 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 30 de septiembre de 2025, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, para fomentar la inserción laboral de personas jóvenes desempleadas en el ámbito local, Programa Activa-T Joven. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 193 de 07/10/2025 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 21 de octubre de 2025, por la que se dispone el nombramiento de vocales del Consejo General del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 206 de 27/10/2025 Sección: Autoridades y personal)
- Orden de 9 de diciembre de 2025, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva,

destinadas al empleo con apoyo como medida de inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 239 de 12/12/2025 Sección: Disposiciones generales)

ESTUDIOS

Edadismo y discriminación por edad: de la lógica instrumental a la garantía de la dignidad del trabajador
Wilfredo Sanguineti Raymond

El uso de la imagen de la persona trabajadora con fines comerciales: nuevos paradigmas fruto de los avances tecnológicos
Eduardo E. Taléns Visconti

La extinción indemnizada del contrato de trabajo (Una crítica del despido libre desde el análisis económico del derecho)
Oscar Fernández Márquez

El contrato fijo-discontinuo en el empleo público local: una propuesta de aplicación a los programas de políticas activas de empleo
Juan José Rodríguez Bravo De Laguna

Necesaria reforma del despido objetivo por ineptitud sobrevenida: análisis doctrinal y jurisprudencial
Nuria J. Ayerra Duesca

Acerca de las controvertidas relaciones laborales en las clínicas dentales
Ángel Guillén Pajuelo

INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe de la negociación colectiva andaluza (Año 2025, 2º Semestre)

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
Universidad de Cádiz
Identificación y cuantificación de los daños morales en supuestos de vulneración del ejercicio colectivo del derecho de huelga
Antonio Álvarez Del Cuvillo

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad de Córdoba
Límites en la configuración convencional del llamamiento del contrato fijo-discontinuo y su conexión con la (no traspuesta) Directiva (UE) 2019/1152
Antonio Costa Reyes

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales