iustel

III. EL ESTATUTO REAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1837

Productos | Libros | Iustel | Acceso usuarios | A+ | a-

RGDA RGDCI RGDTS RGDE RGDPI RGDR RGDP e-LHR RGDC RGDPCJAL & RSR RGDT RGI&R

DIRECTOR
Luis Enrique de la Villa Gil (Catedr. Emérito DTSS, Uam. Abogado)

SECRETARIO GENERAL
José Ignacio García Ninet (Catedrático Emérito DTSS, U. Barcelona)

Menú de la revista

- Dirección y órganos
- Número actual
- Números anteriores
- Buscador
- Suscripción
- Acerca de la revista

IDR 2021 Dialnet métrica

C1 DEREC… 41/351

C1 DEREC… 8/37

Conexión a la revista

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

COMITÉ EJECUTIVO

María Emilia Casas Baamonde (Catedrática DTSS, U. Complutense); María Luisa Segoviano Astaburuaga (Magistrada del Tribunal Supremo); Antonio Ojeda Avilés (Catedrático (j) DTSS, U. Sevilla); Manuel Carlos Palomeque López (Catedrático Emérito DTSS, U. Salamanca); Elías González-Posada Martínez (Catedrático DTSS, U. Valladolid).

CONSEJO ASESOR

Mario Ackerman (Catedrático DT, U. de Buenos Aires, República Argentina); Wolfgang Däubler (Catedrático DT, U. Bremen, R.F. Alemana); Keith Ewing (Catedrático DPúb. U. King's College de Londres, Reino Unido); Maximilian Fuchs (Catedrático DT, U. Ingolstadt, R.F. Alemana); Adrián Goldin (Catedrático DT, U. San Andrés de Buenos Aires, Rep. Argentina); Oscar Hernández Álvarez (Catedrático DT, U. Lisandro Alvarado, Barquisimeto, Venezuela); Antoine Jeammaud (Catedrático Emérito DT, U. Lyon 2, Francia); Jorge Leite (Catedrático DT, U. Católica de Oporto, Portugal); Carmelo Mesa Lago (Catedrático SS, U. Pittsburg, USA); Antonio Monteiro Fernandes (Catedrático DT, Instituto Superior de Ciencias do Trabalho e da Empresa, Portugal); Luca Nogler (Catedrático DT, U. Trento, Italia); Ann Numhauser (Catedrático DT, U. Lund, Suecia); Danny Pieters (Catedrático DS, U. Lovaina, Bélgica); Achim Seifert (Catedrático DT. U. Jena, R.F. Alemana); Jean Michel Servais (Ex-Director de la OIT y Profesor Visitante de las U. Gerona, España y Lieja, Bélgica); Alfredo Villavicencio (Catedrático DT, U. Pontificia Católica de Lima, Perú); Cristina Mangarelli (Catedrático DTSS, U. Montevideo, Uruguay); Thereza Nahas (Jueza Tribunal de São Paulo y Acad. Brasileira de Direito do Trabalho, Brasil)

CONSEJO DE EVALUADORES EXTERNOS

Tomás Sala Franco (Catedrático Emérito DTSS, U. Valencia); Luis Miguel Camps

Usuario:

Contraseña:

Entrar

Ruíz (Catedrático (j) DTSS, U. Valencia); Antonio Vicente Sempere Navarro (Catedrático (s.e.) DTSS, U. Rey Juan Carlos de Madrid); Gabriel García Becedas (Catedrático DST, Uam); Joaquín García Murcia (Catedrático DTSS, U. Complutense); Jesús Martínez Girón (Catedrático DTSS, U. A Coruña); José Manuel Álvarez de la Rosa (Catedrático Emérito DTSS, U. La Laguna); Juan García Blasco (Catedrático DTSS, U. Zaragoza); Javier Gárate Castro (Catedrático DTSS, U. Santiago de Compostela); Ignacio García-Perrote Escartín (Catedrático DTSS, Uned, Madrid); José Luis Monereo Pérez (Catedrático DTSS, U. Granada); Francisco López-Tarruella Martínez (Catedrático (j) DTSS, U. Alicante); Margarita Ramos Quintana (Catedrática DTSS, U. La Laguna); Jesús Rafael Mercader Uguina (Catedrático DTSS, U. Carlos III, Madrid); Rosa Quesada Segura (Catedrática Emérita DTSS, U. Málaga); Lourdes López Cumbre (Catedrática DTSS, U. Cantabria); María Nieves Moreno Vida (Catedrática DTSS, U. Granada); Ángel Blasco Pellicer (Catedrático (s.e.) DTSS, U. Valencia); Carlos L. Alfonso Mellado (Catedrático DTSS, U. Valencia); Gloria Pilar Rojas Rivero (Catedrática DTSS, U. La Laguna); Sofía Olarte Encabo (Catedrática DTSS, Granada); José Luis Tortuero Plaza (Catedrático SS, U. Complutense); Juan Gorelli Hernández (Catedrático DTSS, U. Huelva); Arántzazu Vicente Palacio (Catedrática DTSS, U. Jaume I, Castellón); Jordi García Viña (Catedrático DTSS, U. Barcelona); Magdalena Nogueira Guastavino (Catedrática DTSS, Uam); Yolanda Valdeolivas García (Catedrática DTSS, Uam); Wilfredo Sanguinetti Raymond (Catedrático DTSS, U. Salamanca); Gregorio Tudela Cambronero (Catedrático DTSS, Uam); Ana de la Puebla Pinilla (Catedrática DTSS, Uam); María José Rodríguez Ramos (Catedrática DTSS, U. Sevilla); Cristina Sánchez-Rodas Navarro (Catedrática DTSS, U. Sevilla); Carmen Agut García (Catedrática DTSS, U. Jaume I Castellón); Icíar Alzaga Ruíz (Catedrática DTSS, Uned, Madrid); David Lantarón Barquín (Catedrático DTSS, U. Cantabria); Mª Luisa Molero Marañón (Catedrática DTSS, U. Rey Juan Carlos); Inmaculada Ballester Pastor (Catedrática DTSS, U. Jaume I, Castellón); Carmen Sánchez Trigueros (Catedrática DTSS, U. Murcia); Antonio Márquez Prieto (Catedrático DTSS, U. Málaga); Francisco A. Vila Tierno (Catedrático DTSS, U. Málaga); Lourdes Mella Méndez (Catedrática DTSS, U. Santiago de Compostela); Carmen Viqueira Pérez (Catedrática DTSS, U. Alicante); Ángel Arias Domínguez (Catedrático DTSS, U. Extremadura); Ángel Luis de Val Tena (Catedrático DTSS, U. Zaragoza); Julia López López (Catedrática DTSS. UPF); Amparo Garrigues Giménez (Catedrática DTSS, U. Jaume I, Castellón); Edurne Terradillos Ormaetxea (Catedrática DTSS, U. País Vasco, San Sebastián); Juan Bautista Vivero Serrano (Catedrático DTSS, U. Salamanca); Erik Monreal Bringsvaerd (Catedrático DTSS, U. Islas Baleares); Fernando Ballester Laguna (Catedrático DTSS, Alicante); Gemma Fabregat Monfort (Catedrática DTSS, U. Valencia); Olga Fotinopoulou Basurko (Catedrática DTSS, U. País Vasco, San Sebastián); Djamil Tony Kahale Carrillo (Catedrático DTSS, U. Politécnica Cartagena); Nancy Sirvent Hernández (Catedrática EU DTSS, Alicante); Borja Suárez Corujo (Prof. Tit. (s.e.) DTSS, Uam); Irene Bajo García (Prof. Tit. FDTSS, U. Alicante); Yolanda Maneiro Vázquez (Prof. Tit. DTSS, U. Santiago de Compostela); José María Miranda Boto (Prof. Tit. DTSS, U. Santiago de Compostela); Francisco Javier Fernández Orrico (Prof. Tit. DTSS, U. Elche); Juan Antonio Altés Tárrega (Prof. Tit. DTSS, U. Valencia); María del Carmen Salcedo Beltrán (Prof. Tit. DTSS, U. Valencia); Noemí Serrano Arguello (Prof. Tit. DTSS, U. Valladolid); Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado (Prof. Tit (Acred.) DTSS, U. Barcelona); María de Sande Pérez-Bedmar (Prof. Contratada Dra. DTSS, Uam); Gema Quintero Lima (Prof. Contratada Dra. DTSS, U. Carlos III Madrid); Maravillas Espín Sáez (Prof. Contratada Dra. (s.e.) DTSS, Uam); Eugenio Lanzadera Arencibia (Prof. DTSS, Udima); Esperanza Macarena Sierra Benítez (Prof. Contratada Dra. U. Sevilla). Francisco Trujillo Pons (Prof. Acred.Tit. DTSS, U.Jaume I); Carmen Solís Prieto (Prof.Dr. U.Extremadura); María Dolores Carrascosa Bermejo (Prof.Acred.Tit. DTSS, UCM, Asoc. Icade); Marina Revuelta García (Prof.Ayud.Doc. U. Cantabria); Mercedes Sánchez Castillo (Prof. Tit. DTSS, U. Miguel Hernández)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Jaime Montalvo Correa (Catedrático DTSS, Uned, Madrid); Francisco Javier Prados de Reyes (Catedrático (j) DTSS, U. Granada); Jesús García Ortega (Catedrático DTSS, U. Valencia); Mª. Teresa Igartua Miro (Catedrática DTSS, U. Sevilla); Pilar Rivas Vallejo (Catedrática DTSS, U. Barcelona); Mª. José Nevado Fernández (Prof. Tit. DTSS, U. Salamanca); Milagros Alonso Bravo (Prof. Tit. DTSS, U. Valladolid); Ana Badiola Sánchez (Prof. Contratada Dra. DTSS, U. Cantabria); Mª Ángeles Burgos Giner (Prof. Tit. (j) U. Jaume I, Castellón); Enrique Cabero Morán (Prof. Tit. DTSS, U. Salamanca); Miguel Canessa Montejo (Consultor Internacional. Perú); José Luis Carratalá Teruel (Magistrado de lo Social); Rafael de Lorenzo García (Prof. Tit. Uned); Pilar Madrid Yagüe (Letrada TGSS, Madrid); José de Quintana Pellicer (Pte. Sala Social, TSJ-Cataluña); Juan Ramón Rivera Sánchez (Catedrático EU DTSS, Alicante); Rafael Sastre Ibarreche (Prof. Tit. DTSS, U. Salamanca); David Montoya Medina (Catedrático (Acred.) DTSS, U. Alicante); Mª. José Abella Mestanza (Prof. Tit. (j) DTSS U. Barcelona, Abogada); Gemma Gracia Alegría (Letrada INSS, Valencia); Raquel Rodríguez Izquierdo (Prof. Tit. EU DTSS, U. Barcelona); Diego de la Villa de la Serna (Abogado, ISS, Madrid); Ana Gómez Hernández (Abogada, Ceca Magán, Madrid, Ptª. Asnala); Luis Enrique de la Villa de la Serna (Abogado, Hogan-Lovels, Madrid); Rosa Rodríguez Gutiérrez (Abogada, Roca Junyent, Madrid); Teresa Perea Montes (Abogada, Sepla, Madrid); Silvia Rodríguez-Rabadán Benito (Abogada, Madrid); Ana de la Villa Unciti (Abogada, Ecija, Madrid)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN
María Jesús Feliz Santos

COORDINACIÓN Y EDICIÓN
Laura Pastor Marcos (Iustel)

PERIODICIDAD CUATRIMESTRAL: febrero, julio y noviembre

© **PORTAL**DERECHO 2001-2022

REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ISSN 1696-9626

DIRECTOR
Luis Enrique de la Villa Gil (Catedr. Emérito DTSS, Uam. Abogado)

SECRETARIO GENERAL
José Ignacio García Ninet (Catedrático Emérito DTSS, U. Barcelona)

N.º 63 NOVIEMBRE 2022

IN MEMORIAM

- MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ. IN MEMORIAM. (RI §425577)
  Tomás Arrieta, Gonzalo Múgica, Jordi Fernández, Mariola Serrano y Emilio Olabarría. Adenda, Dirección de la Revista

ESTUDIOS DOCTRINALES

- El Defensor del Pueblo y la Seguridad Social.
  Ombudsman and Social Security (RI §425578)
  Juan Bautista Vivero Serrano
  Ensayo sobre una temática inédita, la labor del Defensor del Pueblo en el campo de la seguridad social. Una labor tan útil para la ciudanía y el Estado de derecho como desconocida en los ámbitos académico, judicial y profesional. Además de la divulgación del relevante papel del Defensor del Pueblo en el campo de la seguridad social, se ocupa esta investigación heterodoxa del análisis crítico del papel institucional del Defensor del Pueblo a partir de su relación con los tres poderes del Estado.

- El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación.
  The impact on labour law of the new regulatory framework on vocational training: a first approach (RI §425579)
  Paz Menéndez Sebastián e Iván Antonio Rodríguez Cardo
  El mercado de trabajo en España presenta deficiencias estructurales que perjudican la competitividad de las empresas y generan incertidumbres sobre la evolución futura. Una de las principales es el desajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, por el exceso de cualificación en algunos ámbitos y la falta de profesionales cualificados en otros, situación que, de no atajarse, se agudizará en los próximos años ante el mayor desarrollo e implantación de la industria 4.0. La remodelación de la formación profesional por la LO 3/2022, de 31 de marzo, tiene como propósito atender a ese reto, unificando en un solo Sistema la formación profesional reglada y la formación profesional para el empleo y propiciando un cambio de paradigma que conceda el protagonismo a la persona y al aprendizaje a lo largo de toda la vida.

- Las dificultades en la configuración de un régimen jurídico laboral en el marco de las plataformas digitales.
  It made the necessary configuration of a new framework of labor relations in the framework of work through digital plattforms (RI §425580)
  Carlos Arroyo Abad
  El mercado de trabajo, como la sociedad en su conjunto, ha venido experimentando, en los últimos años, unos profundos cambios fruto de la tecnificación de los cauces de prestación de servicios. El empleo de plataformas digitales, en un marco de prestaciones off line y on line se ha incrementado exponencialmente sin, con ello, ir acompañado de una reordenación del marco jurídico. La ausencia de tal marco, unido a las constantes resoluciones

judiciales que, de forma progresiva tienden al reconocimiento de la laboralidad, fortalecen la idea de una necesaria actuación que de seguridad jurídica y haga frente a la precarización en la que se encuentran, gracias al vacío legal, muchos de los prestadores de servicios con plataforma, sean trabajadores por cuenta ajena o trabajadores por cuenta propia.

- La incidencia de las nuevas tecnologías en la figura del esquirolaje.
  The impact of new technologies on the concept of strike-breaking (RI §425581)
  María Gorrochategui Polo
  En el marco de las relaciones colectivas de trabajo, la obsolescencia del régimen jurídico del derecho fundamental a la huelga no ha impedido que la incidencia de las nuevas tecnologías haya suscitado nuevas interrogantes, como la posibilidad de que la sustitución de trabajadores huelguistas se produzca a través de medios técnicos o tecnológicos. El presente trabajo parte del análisis del desarrollo efectuado por la doctrina constitucional sobre el alcance y el contenido de las formas clásicas de esquirolaje, hasta el reconocimiento más reciente del denominado esquirolaje tecnológico. Posteriormente, se abordará el debate jurisprudencial que ha existido en torno a esta figura, hasta que la Sentencia 17/2017 del Tribunal Constitucional puso fin al vaivén jurisprudencial, avalando la interpretación más restrictiva de derechos fundamentales y menos acorde con el alcance de las nuevas tecnologías en el marco actual de las relaciones laborales. Ello ha dado lugar a un importante retroceso en la protección del derecho de huelga de los trabajadores al permitirse recurrir a la ventaja tecnológica como medio empresarial de desactivación de los medios de protesta de las personas trabajadoras.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Análisis de los aspectos más destacables del V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.
  Analysis of the most outstanding aspects of the V Agreement for the regulation of labour relations in the port stowage sector (RI §425582)
  Francisco Javier Arrieta Idiakez
  A través del análisis que se lleva a cabo en este estudio se aportan los elementos necesarios para interpretar adecuadamente el V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, en lo que respecta a los aspectos que se consideran más destacables. En concreto, se consideran aspectos destacables aquellos que permiten adaptar la negociación colectiva del sector de la estiba portuaria al nuevo marco normativo en un doble sentido: por una parte, para cumplir con las exigencias básicas de dicho marco normativo; por otra parte, para desarrollar los aspectos que dicho marco normativo encomienda a la negociación colectiva. De este modo, lo primero se relaciona con el respeto a la libre competencia en la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, que se debe posibilitar conforme a los principios de libertad de contratación y de libre establecimiento de las empresas. Lo segundo, se relaciona con dotar de estabilidad y calidad al empleo de los estibadores portuarios. Para todo ello, en primer lugar, se lleva a cabo una contextualización del Acuerdo y se determina el marco normativo de referencia al que debe adaptarse el mismo. En segundo lugar, se analiza la naturaleza jurídica del Acuerdo, así como la articulación y concurrencia de convenios que deriva de la misma, como elementos esenciales para garantizar la uniformidad en el cumplimiento del nuevo marco normativo por los distintos convenios colectivos del sector. En tercer lugar, se profundiza en la organización y dirección de la actividad productiva en el sector de la estiba portuaria como eje central del Acuerdo, pues es a través de las diversas manifestaciones que presenta dicha organización y dirección como puede detectarse el cumplimiento de lo establecido por el nuevo marco normativo, en el doble sentido apuntado.

COMENTARIOS DE LEGISLACIÓN

- Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar. Análisis del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre.
  On the rights that improve the working conditions and social security of family domestic workers. analysis of the Royal Decree-Law 16/2022, of September 6 (RI §425583)
  Rosa Quesada Segura
  Análisis de los nuevos derechos que el RD-Ley 1620/2022 reconoce a las trabajadoras del hogar, sin gravar, de forma excesiva, ni el carácter fiduciario de esta relación especial de trabajo ni la economía de la unidad familiar.

- Derechos laborales y de Seguridad social en el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Europea y Argelia.
  Labour and Social Security rights in the association Agreement between the European Community and Algeria (RI §425584)
  Cristina Sánchez-Rodas Navarro
  La crisis diplomática originada por el cambio de posición del Gobierno español respecto al Sahara occidental ha disparado las cifras de inmigrantes irregulares procedentes de Argelia, lo que unido al conflicto por el suministro de gas argelino han puesto a este país magrebí en el foco de la actualidad internacional. Por ello se hace conveniente profundizar en el estudio del Tratado de Asociación entre la Comunidad Europa y Argelia para concretar qué derechos laborales y de Seguridad Social se han de reconocer a los trabajadores argelinos en el territorio donde se aplica el Derecho de la Unión Europea al amparo de este tratado internacional.

- Incidencia del criterio de residencia fiscal en el ámbito de la imposición personal del teletrabajador.
  Impact of the tax residence rule in the field of personal taxation of teleworkers (RI §425585)
  Montserrat Casanellas Chuecos
  El presente artículo tiene por objeto de estudio el análisis de los criterios de sujeción a las normas tributarias y su impacto en la tributación de las retribuciones recibidas por el teletrabajador, dentro y fuera de territorio español. Este análisis se realiza tomando en especial consideración el contenido de los convenios de doble imposición internacional firmados por el Estado español, así como los recientes criterios administrativos y jurisprudenciales sobre la materia.

- Una primera aproximación a la contratación del personal investigador tras la reforma de la Ley de la Ciencia.
  A first approach to the hiring of research personnel after the reform of the Science Law (RI §425586)
  Josep Moreno Gené
  En este trabajo se lleva a cabo un primer análisis y valoración de las modificaciones de la contratación laboral del personal investigador introducidas por la Ley 17/2022 mediante la que se modifica la Ley de la Ciencia y, en particular, en qué medida dicha norma afecta al diseño de la carrera investigadora, a la reducción de la temporalidad en el sector de la investigación y a la mejora de las condiciones de trabajo del personal investigador.

- Una aproximación al nuevo contrato formativo a la espera de su desarrollo reglamentario.
  An approximation to the new training contract pending its regulatory development (RI §425587)
  Miguel Gutíerrez Pérez
  La reforma laboral ha incidido sobremanera en la remodelación de los contratos laborales, bien eliminado algunas figuras contractuales, bien reformulando algunas otras, tal y como es el caso de los contratos formativos, los cuales han sido sustituidos por un nuevo contrato formativo, con dos modalidades, las cuales vienen a acoger, cada una de ellas, a los anteriores contratos formativos. Además de dar cabida en este contrato a una figura contractual ya existente, como es el contrato para la formación dual universitaria. En este nuevo contrato formativo el legislador pone el acento en la actividad formativa, por encima de la inserción laboral, aun cuando aquella tampoco ha caído en el olvido, prueba de ello es que también se reajustan diferentes condiciones de trabajo del contrato en sus dos modalidades.

- El régimen laboral de las personas dedicadas a las actividades artísticas y a las actividades técnicas y auxiliares para su desarrollo. Especial referencia al Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo.
  The labor regime of people dedicated to artistic activities and technical and auxiliary activities for their development special reference to Royal Decree-Law 5/2022, of March 22 (RI §425588)
  Priscila Martín Vales
  La relación laboral especial de los artistas reciente se ha visto modificada a través de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 marzo, con la finalidad de adecuarse al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 diciembre, y por ende, a las nuevas realidades sociolaborales. Por lo cual, el objetivo de las presentes líneas es el de contribuir al conocimiento del régimen laboral de las personas artistas, analizando la situación normativa anterior a la pandemia Covid-19, así como la evolución normativa desde marzo de 2020 hasta la actualidad. Todo ello con la finalidad de conocer y reflexionar sobre la situación normativa actual de este sector.

DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

- Doctrina constitucional española y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pronunciamientos socio-laborales en el periodo mayo-agosto 2022.
  Spanish constitutional doctrine and of the Court of Justice of the European Union (socio-labour pronouncements) (RI §425589)
  José Ignacio García Ninet
  En esta entrega se recoge los datos esenciales de sentencias, autos y conclusiones generales correspondientes al segundo cuatrimestre de 2022.

  *Del Tribunal Constitucional de España se recogen 5 Sentencias.

  *Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se recogen 21 Sentencias y 1 Auto, así como 1 Conclusión de los Abogados Generales del TJUE, de sumo interés. Se tratan temas muy variados del Derecho individual del trabajo y de la Seguridad Social, y que en el ámbito de la UE afectan a muy diversos países, incluso en algún caso a España.

COMENTARIO DE SENTENCIAS

- La prohibición de despido o extinción del contrato por causa Covid. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022. De nuevo sobre el slogan de mayo de 1968, 'prohibido prohibir'.
  The prohibition of dismissal or termination of the contract due to Covid. Commentary on the Judgment of the Supreme Court of october 19, 2022. Once again on the slogan of may 1968, il est interdit d'interdire (RI §425590)
  Jordi García Viña
  La pandemia del Covid-19 originó una suerte de legislación que, sin perjuicio de las necesidades de urgencia y otras causas, ha demostrado en varias ocasiones que presenta relevantes problemas de técnica jurídica y excesivo contenido ideológico. Es deseable que estas observaciones jurídicas no se vuelvan a producir, dotando a todo el Ordenamiento Jurídico de mayor seguridad jurídica, fundamento del Estado de Derecho.

- Cláusulas nulas en el acuerdo de trabajo a distancia. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022. (RI §425591)
  Jesús Barceló Fernández

- La videovigilancia en el trabajo doméstico: especial atención a la —¿posible?— instalación de cámaras ocultas. El caso López Ribalda. (RI §425592)
  Josune López Rodríguez

- Antigüedad versus tiempo efectivamente trabajado en el contrato fijo-discontinuo. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2022 sobre complemento de antigüedad. (RI §425593)
  Fernando Barbancho Tovillas

DOCUMENTOS E INFORMES

- La Conferencia sobre el Futuro de Europa. Colaborar con los ciudadanos por la democracia para construir una Europa más resiliente. (RI §425594)
  Miguel Colina Robledo

GRANDES MAESTROS ESPAÑOLES DEL DERECHO DEL TRABAJO

- La obra científica del profesor Manuel Alonso Olea. (RI §425595)
  José Serrano Carvajal, Manuel Serrano Ruiz-Calderón y Alfredo Montoya Melgar

DERECHO COMPARADO

- La protección contra el despido arbitrario desde la perspectiva de los principios, el derecho internacional y la labor judicial. (RI §425596)
  María Florencia Suárez

- ¿Es posible la contratación temporal del trabajador con fundamento en una contrata? Respuestas de la jurisprudencia argentina. (RI §425597)
  Juan Ángel Confalonieri

- Ciberseguridad y derecho del trabajo. Un análisis en los derechos colombiano y español. (RI §425598)
  Ligia Yolima Carrero Monroy

- Panorama de la regulación del teletrabajo en Brasil. (RI §425599)
  Marco Aurélio Serau Junior

- El despido intempestivo de trabajadores con discapacidad en el sector privado, durante la pandemia por Covid-19 en el Ecuador. (RI §425600)
  Andrea E. López Jaramillo y Víctor Fernández Bracero

© **PORTAL**DERECHO 2001-2022

IN MEMORIAM

MANUEL MARIA ZORRILLA RUÍZ

Por

TOMÁS ARRIETA/GONZALO MÚGICA / JORDI FERNÁNDEZ/MARIOLA SERRANO/EMILIO OLABARRIA
Presidente del Consejo Vasco de Relacionales Laborales/abogado /Director de Recursos Humanos/Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto/Asesor del Gobierno Vasco y ex Diputado en el Congreso de los Diputados

tarrieta@crlv.net/gmugica1@gmail.com/Jordi.fernandez@aludium.es/mariola.serrano@deusto.es/olabarriaemilio2017@gmail.com

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

Glosar la personalidad académica y judicial de Manuel María Zorrilla (Ampuero 21/01/1933) no es fácil. Hizo del Derecho su vida y nos ha dejado una extensa e interdisciplinar producción científica.

Como juez cumplía las exigencias de Sócrates: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente. A los valores socráticos en el caso de Manuel Zorrilla, debemos añadir su conocimiento enciclopédico del Derecho, su dominio del lenguaje y su razonamiento profundo e innovador.

Destacó por su imparcialidad, su independencia y espíritu librepensador durante el régimen franquista, enfrentándose con los poderes locales vinculados a la falange durante su estancia como Juez de Instrucción en la localidad de Santoña.

El régimen le castigó trasladándole a la Jurisdicción Social en Bilbao, que por aquella época era considerada una plaza particularmente conflictiva por las incipientes movilizaciones obreras.

Este castigo adquirió la reversibilidad de todas las injusticias y el orden social de la jurisdicción ganó un gran magistrado, la disciplina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social un reputado catedrático, y la Universidad de Deusto un excelente profesor.

Es destacable el abundante número de publicaciones que redactó bajo la inspiración que le cautivaba: el carácter del Derecho del Trabajo como factor de transformación social.

Podemos mencionar en su obra monografías como: *Protección judicial de las relaciones colectivas de trabajo, Transformaciones del Derecho Social* o, entre otras muchas, *Derecho del Trabajo y proceso de cambio social.* En coautoría, por ejemplo*: Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho, Nueva pensión de viudedad: doctrina general* o *Influencias constitucionales en el Derecho del Trabajo.* Manuel Zorrilla tenía un extraordinario conocimiento del Derecho Civil (así su tesis doctoral titulada *Aspectos del comportamiento en las obligaciones civiles*) y del Derecho Constitucional, que impregnaba todas sus obras con una profundidad conceptual que no pasaba desapercibida.

Colaboraba habitualmente en las revistas más importantes de su ámbito de especialización: Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Actualidad Laboral, Documentación Laboral, Revista de Seguridad Social, Revista Española de Derecho del Trabajo, Estudios de Derecho Judicial o, y entre otras, Estudios Deusto.

Presidió con templanza el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con la diplomacia que requería un Órgano Judicial caracterizado por el sufrimiento que a sus Magistrados y Jueces les provocó la persecución de ETA, persecución que Manuel sufrió con entereza.

Anteriormente Manuel fue Magistrado del extinto Tribunal Central de Trabajo, y aún recordamos la Cuestión de Inconstitucionalidad que planteó ante el TC sobre la regresión que en su opinión suponía la aplicación de medidas anticúmulo por la Ley de Presupuestos Generales del Estado que topaban las pensiones máximas de jubilación contra el contenido esencial del artículo 41 de la Constitución y del Convenio 102 de la OIT.

Manuel Zorrilla no rehuía del estudio de ninguna rama del Derecho Laboral. De esta forma, la Seguridad Social, el Derecho Colectivo y el Derecho Procesal estaban también presentes en sus estudios individuales o en coautoría. Así por ejemplo, siembre bajo sugerentes y/o provocadores títulos, entre otras muchas, “Las jurisdicciones y los procedimientos sobre mutualidades de previsión social y fondos de pensiones“, “La pensión de viudedad en la reciente legislación sobre el divorcio: aspectos de un esfuerzo transformador en pro de la igualdad material”, “Relaciones entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia”, “Reflexiones insistentes sobre la casación”, “Precisiones sobre la unificación de doctrina”, “Información veraz sobre los episodios de independencia judicial”, “Evolución y desconfiguraciones del conflicto industrial”, “Efectos de una reforma regresiva de la leyes sociales en las mejoras consignadas en los convenios colectivos“ o “Perspectivas constitucionales del Derecho Social Colectivo”.

Destaca también su dominio del Derecho Europeo. Profundizó en el análisis del Tratado de Ámsterdam hasta el punto de encontrar una contradicción entre el contenido del Tratado y la Constitución: "Así como el Tratado de Ámsterdam consagró el derecho a una cuantía determinada de pensión con el carácter de derecho fundamental, la Constitución española no atribuye el derecho a la pensión la naturaleza de derecho fundamental dada la ubicación sistemática de los artículos 41 y 50, en el Capítulo tercero, De los principios rectores de la política social y económica, al margen de los preceptos que regulan los derechos fundamentales". Entre su bibliografía en esta materia: "Luces y Sombras en la Europa Social", "Emergencia y reconocimiento de los derechos fundamentales en el espacio social europeo" o "La tierra prometida de la Europa Social".

Manuel fue un gran formador e imprimió a su Cátedra un carácter internacional poco frecuente en la época, concertándola con la Cátedra de Jean Pierre Laborde, de la Universidad de Burdeos y con la Cátedra del Profesor Lewandowski de la Universidad de Cracovia.

Es menos conocida su frecuente colaboración con el Congreso de los Diputados. En su última comparecencia en la Comisión de Trabajo para exponer su opinión sobre la reforma laboral del año 2012 acreditó su espíritu progresista manifestando sus reparos a la descausalización de la contratación, a la modificación de las condiciones de trabajo y al que llamó despido hipotético, despido basado en pérdidas económicas sencillamente previsibles. Previamente se había manifestado siempre también pública y abiertamente sobre las reformas laborales anteriores.

Manuel Zorrilla era un hombre pertinaz y prueba de ello es que año tras año se celebró bajo su dirección y hasta su jubilación en la Universidad de Deusto la denominada "Semana del Derecho del Trabajo", con ponencias nacionales e internacionales del más alto nivel y que tenía su réplica en Vitoria bajo la égida de la Caja Vital.

Como discípulos que hemos sido de Manuel recordamos su gran actividad intelectual, pero sobre todo su calidad humana, su humor inteligente, su amistad sin fisuras, su honradez a prueba de todas las tentaciones y, como no, su gran afición al tenis.

Goian Bego, Descanse en paz

La Dirección de la *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* se une al sentimiento dolorosamente expresado en el *In Memoriam* de sus discípulos más queridos. El Magistrado y Catedrático Manuel María Zorrilla Ruiz era persona de privilegiada inteligencia, altas dosis de sentido del humor y capacitado para torear airosamente los éxitos y las amarguras que cualquier vida relevante se ve en la necesidad de afrontar.

Con nosotros tuvo la generosidad de compartir algunos de sus últimos trabajos, siempre brillantes por sus originales conclusiones y aguerridos por su independencia intelectual y admirable voluntad y capacidad crítica. Hasta en cuatro ocasiones, entre los años 2005 y 2011, esta Revista se enriqueció con otros tantos excelentes Estudios de nuestro amigo Manuel, maestro de maestros. No estará de más repetir sus títulos impactantes y ofrecer a los lectores de la Revista sus sabrosos contenidos.

Emergencia y entorno de los derechos sociales en la frustrada Constitución Española, publicado en el año 2005, julio-septiembre, número 11.

Repercusiones del hecho del consumo en las vicisitudes de las relaciones laborales, publicado en el año 2006, julio-septiembre, número 15.

Posición del sindicato democrático ante el reto constitucional del esfuerzo de transformación, publicado en el año 2010, mayo-agosto, número 27.

La respuesta convincente del sindicato democrático al desafío del esfuerzo de transformación, publicado en el año 2011, septiembre-diciembre, número 28.

Seguro que allí donde te encuentres, querido Manuel, seguirás iluminando, con tu sapiencia y buenas formas, a quien contigo pueda estar. LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL, Director.

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Por

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca
Magistrado suplente del TSJ de Madrid

jvivero@usal.es

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

Y yo diría más bien: "Nullum hominen a me alienum puto";
soy hombre, a ninguno otro hombre estimo extraño.
El hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere,
el que come, y bebe, y juega y duerme, y piensa: el hombre
que se ve y a quien se oye, el hermano, el verdadero hermano.
Miguel de Unamuno, *Del sentimiento trágico de la vida*[1].

RESUMEN: Ensayo sobre una temática inédita, la labor del Defensor del Pueblo en el campo de la seguridad social. Una labor tan útil para la ciudanía y el Estado de derecho como desconocida en los ámbitos académico, judicial y profesional. Además de la divulgación del relevante papel del Defensor del Pueblo en el campo de la seguridad social, se ocupa esta investigación heterodoxa del análisis crítico del papel institucional del Defensor del Pueblo a partir de su relación con los tres poderes del Estado.

PALABRAS CLAVE: Defensor del Pueblo. Estado de derecho. Seguridad Social. Administración Pública.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ALCANCE Y RAZONES DE UNA INVESTIGACIÓN HETERODOXA. II. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO ÁMBITO ESPECIALMENTE IDÓNEO PARA LA LABOR SUPERVISORA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 1. La autointerpretación extensiva del mandato constitucional de supervisión de la Administración. 2. La gestión de la seguridad social como ámbito especialmente idóneo para la labor supervisora del Defensor del Pueblo. III. LA AMPLIA TITPOLOGÍA DE ACTUACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y SU PROYECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. 1. Las actuaciones del Defensor del Pueblo según su origen. 2. Las actuaciones del Defensor del Pueblo según su contenido. IV. LA PERSUASIÓN COMO ÚNICA ARMA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN SU

[1] Cita con la que el primer defensor del pueblo, Joaquín Ruiz-Giménez Cortes, abrió el primero de los informes anuales de su mandato, el Informe anual a las Cortes Generales de 1983, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

TAREA CENTRAL DE SUPERVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: HACER DE LA NECESIDAD VIRTUD. V. LA SINGULAR NATURALEZA DE LA LABOR SUPERVISORA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: LA CONCIENCIA CRÍTICA DEL ESTADO DE DERECHO. VI. EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LOS PODERES DEL ESTADO: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA Y VÍAS DE HECHO PARA EL FORTALACIMIENTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 1. El Defensor del Pueblo y el Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración). 2. El Defensor del Pueblo y el Poder Legislativo. 3. El Defensor del Pueblo y el Poder Judicial. 4. La necesidad de cambios internos en la institución del Defensor del Pueblo. VII. EL RIESGO DE MORIR DE ÉXITO.

OMBUDSMAN AND SOCIAL SECURITY

ABSTRACT: An essay on an unprecedented subject, the work of the Ombudsman in the field of social security. A task that is as useful for citizens and the rule of law as it is unknown in the academic, judicial and professional spheres. In addition to the dissemination of the relevant role of the Ombudsman in the field of social security, this heterodox research deals with the critical analysis of the institutional role of the Ombudsman based on his relationship with the three branches of government.

KEYWORDS: Ombudsman. Rule of law. Social security. Public Administration.

SUMMARY: I. INTRODUCTION: SCOPE AND REASONS FOR HETERODOX RESEARCH. II. THE MANAGEMENT OF SOCIAL SECURITY AS A PARTICULARLY SUITABLE AREA FOR THE OMBUDSMAN'S SUPERVISORY WORK. 1. The extensive self-interpretation of the constitutional mandate to supervise the Administration. 2. The management of social security as a particularly suitable sphere for the Ombudsman's supervisory work. III. THE EXTENSIVE TIPOLOGY OF THE OMBUDSMAN'S ACTIONS AND THEIR PROJECTION IN SOCIAL SECURITY. 1. The Ombudsman's actions according to their origin. 2. The Ombudsman's actions according to their content. IV. PERSUASION AS THE OMBUDSMAN'S ONLY WEAPON IN HIS CENTRAL TASK OF SUPERVISING THE ADMINISTRATION: MAKING A VIRTUE OUT OF NECESSITY. V. THE UNIQUE NATURE OF THE OMBUDSMAN'S SUPERVISORY WORK: CRITICAL AWARENESS OF THE RULE OF LAW. VI. THE OMBUDSMAN AND THE BRANCHES OF GOVERNMENT: PROPOSALS DE LEGE FERENDA AND DE FACTO WAYS OF STRENGTHENING THE OMBUDSMAN. 1. The Ombudsman and the Executive Power (Government and Administration). 2. The Ombudsman and the Legislative Branch. 3. The Ombudsman and the Judiciary. 4. The need for internal changes in the institution of the Ombudsman. VII. THE RISK OF DYING OF SUCCESS.

I. INTRODUCCIÓN: ALCANCE Y RAZONES DE UNA INVESTIGACIÓN HETERODOXA

Aunque la divulgación de la labor del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social está muy presente en este estudio, y seguramente no podría ser de otra manera dado el desconocimiento general a que de inmediato se hará referencia, la investigación va mucho más allá de la divulgación, de la experiencia vivida desde dentro[2], y pretende ser una típica aproximación académica, una mirada intelectual desde el exterior, centrada sobre todo en el papel institucional del Defensor del Pueblo y en su relación con los tres poderes del Estado, al hilo de una materia, la seguridad social, que ha tenido

[2] El autor de esta investigación fue durante más de tres años (de junio de 2019 a agosto de 2022) asesor del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social (acceso mediante concurso-oposición convocado en el BOE de 24 de enero de 2019).

siempre un lugar de honor dentro del amplio conjunto de ámbitos temáticos objeto de supervisión por parte del Defensor del Pueblo.

Otorga especial valor a esta investigación su carácter inédito, no ya para el autor, que también, sino para el conjunto de la comunidad de laboralistas españoles[3]. Y tampoco en otras disciplinas jurídicas puede encontrase una obra similar. Otra cosa son las aproximaciones generalistas de algunos constitucionalistas y administrativistas, una vez superada la inicial fase de generalizado desdén académico de los publicistas españoles, en unos casos de desconfianza hacia la novedosa institución sin la menor tradición en España, en otros de augurio de completa inutilidad, no faltando ejemplos del más absoluto desprecio, el de la omisión deliberada de la figura[4].

En cuanto a las razones concretas para la elección de un tema de investigación ciertamente heterodoxo, además del carácter inédito ya señalado, habría que mencionar, al menos, las tres siguientes razones. Primera, la sorprendente (o quizá no) utilidad de las actuaciones del Defensor del Pueblo en el ámbito de la seguridad social. Cuenta esta magistratura y esta institución con numerosas posibilidades para contribuir decisivamente a la solución de los problemas de muchos ciudadanos, muy humildes en lo económico y en lo cultural en la mayoría de los casos, mostrándose en general las diversas entidades que conforman la Administración de la seguridad social, más el

[3] La excepción, muy lejana en el tiempo, corresponde a M. AZNAR LÓPEZ, «El Defensor del Pueblo y la protección del derecho a la Seguridad Social», en AA. VV., *Las Cortes Generales,* vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, pp. 639 ss. En cualquier caso, se trata, pese al título, de un estudio teórico y de corte generalista. Asimismo, aunque de nuevo sin llegar a ser una genuina aproximación a la labor del Defensor del Pueblo en el ámbito de la seguridad social, A. CELI MALDONADO, *La interpretación de los derechos sociales por el Defensor del Pueblo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

[4] Entre otros muchos, A. PÉREZ CALVO, «Aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo», en *Revista de Derecho Político,* 1979, núm. 4, pp. 79 ss.; A. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman),* INAP, Madrid, 1981; V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo. Ombudsman,* CEC, Madrid, 1982 (vol. I) y 1986 (vol. II); J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopía», en AA. VV., *Las Cortes Generales,* vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, pp. 311 ss. J. L. CASCAJO CASTRO, «Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica», en *Revista Vasca de Administración Pública,* 1989, núm. 24, pp. 43 ss.; y H. OEHLIN RUIZ, «El Defensor del Pueblo. Algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional», en *Revista de Estudios Políticos,* 1991, núm. 72, pp. 89 ss.

Más recientemente, J. M. VERA SANTOS, *El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía,* CEPC, Madrid, 2002; P. CARBALLO ARMAS, *El Defensor del Pueblo,* Tecnos, Madrid, 2003; G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo,* Aranzadi, Navarra, 2008; AA.VV., *El Defensor del Pueblo,* número monográfico de la revista *Teoría y Realidad Constitucional,* 2010, núm. 26, L. REBOLLO DELGADO, *La institución del Ombudsman en España,* Dykinson, Madrid, 2013; A. MORA LLADÓ, *El libro del Defensor del Pueblo,* Defensor del Pueblo, Madrid, 2017; F. L. DE ANDRÉS ALONSO, *Los Defensores del Pueblo en España,* Reus, Madrid, 2017, y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del Pueblo: La conciencia crítica del Estado al servicio de los ciudadanos,* Atelier, Barcelona, 2021.

Gobierno de la nación cuando toca, sensibles a las consideraciones jurídicas, políticas y de otra índole trasladadas por el Defensor del Pueblo en defensa de la ciudadanía.

Segunda razón, acaso la más importante, el casi completo desconocimiento de las útiles labores del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social. Desconocimiento en los ámbitos académico y judicial. Y, lo que es más sorprendente, desconocimiento por parte de los muchos profesionales (abogados, graduados sociales y similares, gestores administrativos, etc.) que prestan servicios de gestión, asesoramiento y defensa letrada en este ámbito y que solo excepcionalmente acuden al Defensor del Pueblo en defensa de sus representados. Son curiosamente los funcionarios de la Administración de la seguridad social quienes con frecuencia alertan a los ciudadanos de su derecho a buscar asistencia jurídica ante el Defensor del Pueblo. Es verdad que a este desconocimiento ha contribuido también el propio Defensor del Pueblo, tal y como habrá ocasión de poner de manifiesto más adelante. Desconocimiento generalizado alimentado, asimismo, por la falta de estudios académicos: no se conoce la temática por que no hay estudios y no hay estudios porque no se conoce la temática.

Tercera razón, pese a que todos los poderes públicos están vinculados por el ordenamiento jurídico, incluida la jurisprudencia que integra el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), a nadie que conozca bien la Administración de la seguridad social le debería sorprender la cantidad de actuaciones y prácticas poco o nada respetuosas con el Estado de derecho, afortunadamente no generalizadas, pero tampoco marginales ni mucho menos. Desde este punto de vista, el Defensor del Pueblo constituye un privilegiado observatorio del funcionamiento de la Administración de la seguridad social, no pocas veces ajeno al Estado de derecho o en su resbaladizo borde. Al fin y al cabo, y según la anécdota que se le atribuye a uno de los primeros asesores del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social, proveniente precisamente de esa administración, la Constitución española habría entrado en vigor en la Administración de la seguridad social a través de una circular.

II. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO ÁMBITO ESPECIALMENTE IDÓNEO PARA LA LABOR SUPERVISORA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. La autointerpretación extensiva del mandato constitucional de supervisión de la Administración

El artículo 54 CE, reproducido en lo esencial por el artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (en adelante, LODP)[5], configura el mandato del Defensor del Pueblo en términos relativamente precisos como institución de defensa de los derechos comprendidos en el título I de la CE mediante la supervisión de la actividad de la Administración Pública, sin perjuicio de que por la vía del recurso de inconstitucionalidad [art. 162.1.a) CE] el Defensor del Pueblo pueda actuar como garante de cualquier precepto constitucional, si bien en este caso no frente a la Administración sino frente al Poder Legislativo. Y también frente al Gobierno cuando asume el papel de legislador de urgencia (art. 86.1 CE), algo cada vez más habitual, con verdadera extraordinaria y urgente necesidad por medio o no.

Prescindiendo por el momento de esta última posibilidad, que otorga al Defensor del Pueblo español una extraordinaria singularidad dentro del Derecho comparado, y centrando la atención en el mandato del artículo 54 CE, conviene dejar sentado que el propio Defensor del Pueblo ha llevado a cabo desde el primer momento una interpretación muy extensiva de su mandato[6], yendo en la práctica mucho más allá de la defensa de los derechos fundamentales en su concepción más laxa, la que identifica los derechos fundamentales con los derechos constitucionales del título I de la CE[7]. Es más, son los derechos económicos, sociales y culturales, mayoritariamente constitucionalizados bajo el ropaje de los principios rectores de la política social y económica, los que más necesitan la labor de tutela del Defensor del Pueblo[8].

En efecto, en la actividad práctica del Defensor del Pueblo, sintetizada en los informes anuales ordinarios presentados ante las Cortes Generales y objeto de publicación analógica y digital, hay ejemplos de sobra que demuestran que la labor de garantía o defensa no se restringe ni mucho menos al ámbito de los derechos constitucionales del título I CE. Muchos derechos subjetivos sin reconocimiento constitucional son objeto de defensa por parte del Defensor del Pueblo. Es más, en la praxis del Defensor del Pueblo la categoría misma de los derechos subjetivos, y todo lo que conlleva en los planos sustantivo y procesal, no es nunca un freno u obstáculo para la labor de supervisión de la actividad de la Administración.

Trascendiendo con creces el mandato constitucional del artículo 54 CE, el Defensor del Pueblo se ha autoerigido en una institución de supervisión general de la actividad e

---

[5] Mª. L. CAVA DE LLANO CARRIÓ, «Artículo 1», en A. Rovira Viñas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo,* Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 57 ss.

[6] DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe a las Cortes Generales 1983,* Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1984, pp. 24 ss. (disponible en internet).

[7] A. E. PÉREZ LUÑO, Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 1988.

[8] Por todos, J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del …», op. cit., p. 318.

inactividad de la Administración en relación con los ciudadanos, conectada o no con los derechos constitucionales del título I CE. De esta forma, y aunque sea por la vía de los hechos, el Defensor del Pueblo español se alinea con el modelo predominante en el Derecho comparado, el modelo que tiene sus raíces en los países nórdicos, con Suecia a la cabeza, pero que se ha extendido a otros muchos lugares como Reino Unido y Francia, siendo también la opción seguida por el Defensor del Pueblo europeo[9]. Asimismo, responde en la práctica el Defensor del Pueblo español a los principios de la llamada Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa[10].

Administración Pública sujeta a la supervisión del Defensor del Pueblo que comprende tanto la Administración territorial como la Administración institucional en sus más variadas manifestaciones, estando asimismo sometidos a la tarea supervisora los particulares o sujetos privados cuando tengan encomendado el ejercicio de potestades administrativas, o bien intervengan como concesionarios de servicios públicos *stricto sensu*, tal y como establecen diversos preceptos de la LODP[11].

Amplitud de la tarea supervisora del Defensor del Pueblo que se manifiesta también en las frecuentes actuaciones dirigidas frente al Gobierno y no solo en calidad de cúspide o cabeza de la Administración Pública, sino en tanto que encarnación del Poder Ejecutivo del Estado (art. 97 CE). Bien es cierto que en relación con la actividad no administrativa del Gobierno las actuaciones del Defensor del Pueblo se mueven exclusivamente en el terreno de las recomendaciones sobre modificaciones normativas, de conformidad con la previsión del artículo 28.2 LODP.

Pese al desbordamiento del mandato constitucional y legal, el Tribunal Constitucional no ha tenido que parar los pies al Defensor del Pueblo ante la ausencia de conflicto constitucional alguno. Seguramente la ausencia de funciones verdaderamente decisorias y ejecutivas, moviéndose esta institución en el terreno de la mera persuasión y la

---

[9] En sentido contrario, desde una concepción muy formalista y de espaldas a la realidad, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del …*, op. cit., pp. 86-87.

Para el Derecho comparado resultan imprescindibles, D. C. ROWAT (edit.), *El ombudsman. El defensor del ciudadano,* Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1973, A. LA PERGOLA, «Ombudsman y Defensor del Pueblo: Apuntes para una investigación comparada», en *Revista de Estudios Políticos,* 1979, núm. 7, pp. 69 ss., y V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del …*, op. cit., passim (vol. I). Asimismo, las partes correspondientes de las monografías citadas en la nota 3 (párrafo segundo).

[10] Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, creada en 1990 como órgano consultivo del Consejo de Europa. Resulta fundamental el documento titulado "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptado por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

Dice así el principio núm. 12: «El mandato del Defensor del Pueblo abarcará la prevención y corrección de la mala administración y la protección y promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

[11] Artículos 9.1, 9.2 y 28.3 LODP.

auctoritas, explique la falta de conflictos constitucionales, aunque eso siempre podría cambiar y sería conveniente evitarlo de antemano, tal y como después habrá ocasión de manifestar.

2. La gestión de la seguridad social como ámbito especialmente idóneo para la labor supervisora del Defensor del Pueblo

Brevemente introducidos el mandato del Defensor del Pueblo y su interpretación extensiva en la práctica, es hora ya de descender al campo de la gestión de la seguridad social como ámbito especialmente idóneo para la labor supervisora del Defensor del Pueblo.

Por lo pronto, el régimen público de Seguridad Social está comprendido en el título I CE, concretamente en el artículo 41 como es de sobra sabido. Y aunque el Tribunal Constitucional ha entendido que dicho precepto contiene técnicamente una garantía institucional en lugar de un derecho subjetivo[12], lo cierto es que el artículo 1 LGSS alude inequívocamente al derecho de los españoles a la seguridad social, evidentemente con fundamento constitucional directo en el artículo 41 CE, y en otros preceptos constitucionales más (arts. 39 , 43 , 49 y 50 CE)[13].

Ya se ha visto que la existencia de conexión constitucional fuerte no está siendo un impedimento para la labor de control de la Administración Pública en relación con los ciudadanos por parte del Defensor del Pueblo, pero ciertamente cuando dicha conexión existe con más motivo la labor supervisora del Defensor del Pueblo cobra pleno sentido[14].

Si se hiciera una interpretación restrictiva del mandado del Defensor del Pueblo, ceñido a la defensa de los derechos constitucionales del título I CE, una parte muy

---

[12] Entre otras muchas, SSTC 37/1994 y 213/2005.

Por todos, M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, «El art. 41 de la Constitución. Garantía institucional y compromisos internacionales», en *Revista de Seguridad Social,* 1982, núm. 15, pp. 77 ss., y A. OJEDA AVILÉS, «La garantía de un régimen público de Seguridad Social», en M.E. Casas Baamonde, J. Cruz Villalón, F. Durán López (Ed.), Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, La Ley, Madrid, 2006, pp. 927 ss.

[13] J. L. MONEREO PÉREZ, «El derecho a la Seguridad Social», en C. Molina Navarrete, J. L. Monereo Pérez y Mª. N. Moreno Vida (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España,* Comares, Granada, 2002, pp. 1425 ss. Asimismo, C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución», en AA. VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución,* CEPC, Madrid, 1980, pp. 301 ss., E. BORRAJO DACRUZ, «La Seguridad Social en la Constitución española», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1485 ss., y Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución,* Civitas, Madrid, 1995.

[14] Así, M. AZNAR LÓPEZ, «El Defensor del …», op. cit., p. 663.

relevante de las actuaciones del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social quedaría sin cobertura. Siendo como es el derecho constitucional a la seguridad social un derecho de configuración legal, como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Constitucional no pocas veces[15], muchas de las posibles irregularidades o disfunciones administrativas en esta materia carecerían de relevancia constitucional, siendo cuestiones de mera legalidad ordinaria. Piénsese, por poner solo un ejemplo significativo, en la gestión recaudatoria a cargo de la TGSS. Por cierto, uno de los ámbitos temáticos de la seguridad social con mayor número de quejas de los ciudadanos. Se volverá sobre este asunto más adelante.

La especial idoneidad de la gestión de la seguridad social como ámbito para la labor supervisora del Defensor del Pueblo deriva, en primer lugar, del carácter público del sistema español de seguridad social por imperativo constitucional (art. 41 CE), con una gestión enmendada por ley a diferentes Administraciones institucionales (INSS, TGSS, SEPE, etc.), dependientes de la Administración General del Estado, con adscripción a diferentes ministerios. Y con un relevante papel en la gestión a cargo de las mutuas colaboradoras con la seguridad social, formalmente sujetos privados, aunque fuertemente rodeados de elementos de Derecho público. Y, en cualquier caso, sometidas las mutuas al control del Defensor del Pueblo cuando del ejercicio de potestades administrativas se trata. Cuestión distinta es que la supervisión de las mutuas en su relación con los ciudadanos no se efectúe de forma directa por el Defensor del Pueblo, sino a través de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones), de la que las mutuas dependen.

Contrasta, en este sentido, el amplio juego de las actuaciones del Defensor del Pueblo en el ámbito de la seguridad social con el escaso papel de esta misma institución constitucional en el ámbito del Derecho del trabajo, en el que como es bien sabido los protagonistas suelen tener la condición de particulares o sujetos privados y además la Administración laboral ha ido progresivamente cediendo los amplios espacios de intervención pública que tuvo en el pasado. Por supuesto, las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la parcial publificación del conocido como Derecho del empleo y las residuales tareas de intervención administrativa en el mundo de las relaciones laborales también ocupan al Defensor del Pueblo, aunque sin comparación

[15] Entre otras muchas, las SSTC 65/1987 y 49/1994. Amplio margen legislativo de configuración legal objeto de algunos interesantes votos particulares discrepantes a cargo del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré (por ejemplo, el voto particular a la STC 49/2015).

Por todos, M. R., ALARCÓN CARACUEL, «Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social», en F. Rodríguez Sañudo, y F. Elorza Guerrero, (coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional,* Tecnos, Madrid, 2001, pp. 404 ss.

cuantitativa y cualitativa posible con el rol desempeñado en el campo de la seguridad social, que además se ve fuertemente enriquecido con la problemática del resto de subsistemas del sistema público de protección social, la sanidad, la dependencia y los servicios sociales primarios y secundarios.

En segundo, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la sanidad y la educación públicas, basadas muy preponderantemente en la prestación de servicios (*in natura*), el sistema de seguridad social está integrado fundamentalmente por prestaciones económicas, con unas precisas reglas o requisitos de acceso, que facilita que la labor de control del Defensor del Pueblo se mueva en un terreno eminentemente jurídico, sin perjuicio de la perspectiva política que de una u otra manea siempre está presente. En cambio, en la provisión pública de servicios, de prestaciones de servicios si se prefiere, el Defensor del Pueblo se encuentra en un terreno donde muchas veces las consideraciones jurídicas pasan a un segundo plano, predominando las consideraciones acerca de la mayor o menor calidad en la gestión de los servicios públicos, la suficiencia o insuficiencia de la financiación de los servicios públicos y otras consideraciones más de índole burocrática y política. Dicho de otra manera, cuando la labor de control se mueve en un campo predominantemente jurídico, tal y como sucede con la seguridad social, la supervisión del Defensor del Pueblo no solo es más rica e interesante, además de "tangible", sino que suele alcanzar una mayor tasa de éxito.

En tercer lugar, la especial idoneidad de la que se viene hablando es en buena medida producto de la sobresaliente complejidad cuantitativa y cualitativa del Derecho de la seguridad social. Desde el punto de vista cuantitativo, la ordenación jurídica de la seguridad social es un territorio casi inabarcable. Y desde el plano cualitativo es de sobra sabido que las normas de seguridad social no son unas normas administrativas al uso, conteniendo un sinfín de singularidades y peculiaridades de no fáciles aplicación e interpretación[16]. Un entramado jurídico de gran complejidad, que se ve agravada por la constante labor integradora, cuando no abiertamente correctora, de la jurisprudencia ordinaria y en algunos casos de la jurisprudencia constitucional, más el protagonismo alcanzado en los últimos años por la doctrina del TJUE. Un Derecho, el de la seguridad social, en el que la discrepancia está a la orden del día, abonando así la intensa intervención del Defensor del Pueblo.

En cuarto lugar, pese a la profusa regulación jurídica de la seguridad social, sobre todo de rango reglamentario, este sector del ordenamiento jurídico es el paraíso del conocido como Derecho subterráneo, integrado por una retahíla de circulares,

[16] Las singularidades y peculiaridades del Derecho de la seguridad social en relación con el Derecho administrativo general están muy presentes en la obra de J. MERCADER UGUINA, *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social,* Aranzadi, Navarra, 2017, así como en el largo y muy interesante prólogo a cargo de Luciano Parejo Alfonso.

instrucciones, criterios de gestión, órdenes de servicio, protocolos, etc., que no solo establecen procedimientos de gestión y pautas o criterios de actuación administrativa, más o menos necesarios, sino que someten el acceso a las prestaciones de seguridad social a nuevos requisitos, al tiempo que reinterpretan a su antojo los requisitos legales y reglamentarios, más otro tipo de prácticas de más que dudosa legalidad. Resulta fácil de advertir que en un contexto así la supervisión del Defensor del Pueblo resulte especialmente necesaria e idónea.

En quinto lugar, también contribuye a la especial idoneidad del campo de la seguridad social para la labor de control del Defensor del Pueblo el hecho de que tanto el Derecho de la seguridad social como la gestión pública del sistema sean de titularidad estatal, con la salvedad de la gestión autonómica de las pensiones asistenciales o no contributivas por invalidez y jubilación, y con la incertidumbre sobre la gestión futura del ingreso mínimo vital, ya transferida a dos comunidades autónomos por el momento, País Vasco y Navarra, con recurso de inconstitucional por medio[17].

La exclusividad estatal conlleva la competencia exclusiva y excluyente del Defensor del Pueblo estatal, del pueblo de España si se prefiere, y ello, aunque, como sucede en muchas ocasiones, los interesados no formulen las quejas ante dicho defensor estatal, sino ante el defensor de su comunidad autónoma, de haberlo claro está, estando obligados por ley los defensores autonómicos a trasladar las quejas sobre seguridad social al Defensor del Pueblo español[18]. Algo que no sucede, por ejemplo, en ámbitos tan importantes como la sanidad, la educación, la dependencia, los servicios sociales y un largo etcétera. Y tampoco, por cierto, en materia de empleo y relaciones laborales al recaer la gestión y la ejecución de la legislación laboral en las comunidades autónomas.

En fin, corrobora la especial idoneidad de la gestión de la seguridad social para la actuación supervisora del Defensor del Pueblo el elevado número de expedientes (quejas, actuaciones de oficio y solicitudes de recursos ante el Tribunal Constitucional) adscritos a este ámbito todos los años[19]. Ya en el primer año de funcionamiento de la institución la materia estrella fue la seguridad social[20].

---

[17] Disposición adicional 5ª de la Ley 19/2021 recurrida por VOX con admisión a trámite del recurso por parte del Tribunal Constitucional (BOE, 22 de abril de 2022).

[18] Artículos 12 LODP y 28 ROFDP. Asimismo, Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades autónomas.

Por todos, véase, J. BERMEJO VERA, «El Defensor del Pueblo y las figuras similares autonómicas: alcance de la coordinación y cooperación», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* 19990, núm. 66, pp. 509 ss, y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 219 ss.

[19] En el año 2021, de un total de 29401 expedientes, 3661, el 13,4% del total, pertenecen al campo de la seguridad social y el empleo, siendo este último marginal en comparación con el

Contrasta, sin embargo, la enorme importancia estadística de las actuaciones del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social con la escasa presencia de este tipo de investigaciones en los medios de comunicación, en buena medida por la propia decisión del gabinete de prensa del Defensor del Pueblo, que prefiere poner el foco en otros asuntos supuestamente más mediáticos (sanidad, inmigración, menores tutelados, violencia de género, etc.)[21]. La propia organización interna del Defensor del Pueblo mediante áreas de actividad es representativa de la escasa importancia que desde hace tiempo se le viene dando al campo de la seguridad social, que no figura expresamente en el rótulo de la correspondiente área, denominada "sanidad y políticas sociales", y ello pese a acaparar todos los años la seguridad social muchas más quejas que la sanidad y las políticas sociales (servicios sociales y dependencia)[22]. De ahí el desconocimiento académico, judicial y profesional de las útiles labores del Defensor del Pueblo en el ámbito de la seguridad social a que antes se hacía referencia.

III. LA AMPLIA TITPOLOGÍA DE ACTUACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y SU PROYECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La amplia tipología de actuaciones del Defensor del Pueblo, con la correspondiente proyección ejemplificativa en materia de seguridad social, puede ser clasificada con arreglo a diferentes criterios, interesando aquí dos de esos criterios. El primero, el origen

primero. Se trata del área de actuación del Defensor del Pueblo con un mayor porcentaje de expedientes. Y una situación muy parecida puede apreciarse en los informes anuales de años anteriores.

Adviértase que la mayoría de las quejas individuales, que constituyen el grueso de los expedientes tramitados por el Defensor del Pueblo, platean problemas de inequívoco alcance general y así se encauzan por el Defensor del Pueblo, combinando la solución del caso concreto con la búsqueda de una solución de alcance general, con miles y miles de afectados reales o potenciales por medio. Luego, las quejas individuales presentadas todos los años y reflejadas en la estadística oficial constituyen tan solo la punta del iceberg de las actuaciones del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social.

[20] J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del …», op. cit., p. 327.

[21] De manera muy elocuente, en el apartado que abre el Informe anual de 2021, denominado "presentación", no se contiene ninguna referencia explícita al ámbito de la seguridad social. Así, *Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2022, pp. 5-12. Además de la versión en papel, puede verse también la versión digital en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

En cuanto a los medios de comunicación, y durante el mes de marzo de 2022, brillan por su ausencia los titulares relativos a la actuación del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social al hilo de la presentación del Informe anual 2021 ante el Congreso de los Diputados.

[22] En la página web oficial del Defensor del Pueblo puede encontrarse la organización interna mediante áreas de actividad, así como los informes anuales con las estadísticas sobre los expedientes adscritos a los ámbitos temáticos de la seguridad social, la sanidad y las políticas sociales.

o desencadenante de las actuaciones. El segundo y más importante, el contenido de las actuaciones.

1. Las actuaciones del Defensor del Pueblo según su origen

Con arreglo al primer criterio clasificatorio, las actuaciones del Defensor del Pueblo pueden iniciarse de oficio o a instancia de parte (art. 9.1 LODP). A su vez, cabe distinguir entre los interesados individuales o colectivos que plantean problemas a través de quejas y peticiones de recursos ante el Tribunal Constitucional y los parlamentarios de las Cortes Generales que solicitan del Defensor del Pueblo la supervisión de la Administración Pública.

Aunque la LODP prevé la intervención del Defensor del Pueblo a instancia de cualquier parlamentario (congresista o senador) o de las diversas comisiones parlamentarias (sectoriales, de investigación y, en especial, la Comisión Mixta Congreso-Senado)[23], y aunque no faltan ejemplos de solicitudes razonadas por esta vía[24], se trata de una modalidad *de facto* excepcional y en el ámbito de la seguridad social inédita, durante los últimos años al menos.

Las actuaciones de oficio, pese a su relativa escasez[25], revisten una especial importancia pues responden a problemas generales de cierta enjundia. El Defensor del Pueblo, los adjuntos y los asesores han de estar bien informados sobre la actualidad de la seguridad social para poder iniciar actuaciones de oficio con un mínimo de fundamento, sin perjuicio del resultado final. Está en juego el prestigio de la institución, su más valioso activo, especialmente visible en las actuaciones de oficio. Dispone para ello de un bien dotado gabinete de prensa y comunicación, que recoge diariamente la actualidad informativa en este ámbito y en otros muchos más. También teóricamente el Defensor del Pueblo podría tener noticias sobre posibles irregularidades administrativas de alcance general a través de la Fiscalía General del Estado (art. 25.3 LODP), pero en la práctica esta es una vía sin antecedentes.

Un ejemplo extraordinariamente reciente e importante de actuación de oficio tiene que ver con uno de los aspectos más novedosos de la reforma laboral de 2021, los ERTE del

[23] Artículos 10.2 y 31.2 LODP.

[24] En el año 2021, del total de 29401 expedientes tramitados por el Defensor del Pueblo únicamente 48 traen causa de peticiones razonadas de origen parlamentario. Los datos estadísticos del Informe anual de 2021 se encuentran desglosados en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

[25] En el año 2021, del total de 29401 expediente tramitados por el Defensor del Pueblo tan solo 99 corresponden a actuaciones de oficio. Y de esas 99 actuaciones de oficio tan solo 4 en el ámbito de la seguridad social. Los datos estadísticos del Informe anual de 2021 se encuentran desglosados en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

Mecanismo RED del artículo 47 bis ET[26]. En concreto, con la prestación extraordinaria por desempleo de la disposición adicional 41ª LGSS, producto del Real Decreto-ley 32/2021, que introduce una diferencia de trato entre la pluriactividad y el pluriempleo (DA 41ª.6 LGSS), no solo cuestionable en términos políticos, sino de dudosa constitucionalidad a la vista del principio de igualdad de trato del art. 14 CE. Y es que mientras la prestación extraordinaria por desempleo resulta incompatible con cualquier trabajo por cuenta propia, aunque no dé lugar a retribución alguna o a una retribución económicamente insignificante, no sucede otro tanto con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, perfectamente compatible y además con el privilegio de la ausencia de minoración del importe de la prestación extraordinaria por desempleo, a diferencia de lo que sucede en este mismo escenario con la prestación ordinaria contributiva por desempleo (art. 282.1 LGSS). Actuación de oficio ante el Ministerio de Trabajo y Economía Social tendente no a la supresión del privilegio en el caso del pluriempleo, sino a la admisión de la compatibilidad en el supuesto de la pluriactividad[27].

Con todo, el grueso de las actuaciones del Defensor del Pueblo tiene su origen en las quejas (y en las peticiones de recursos ante el Tribunal Constitucional) presentadas por los interesados, con un criterio de legitimación activa extraordinariamente amplio y antiformalista, facilitado además por la jurisprudencia que ha venido ensanchado el concepto procesal de interés legítimo. Pueden, en este sentido, presentar quejas cualesquiera personas físicas, al margen de la nacionalidad e incluso de la residencia efectiva en España, de la edad, de las eventuales restricciones en el ejercicio de la capacidad jurídica, etc. (art. 10.1 LODP). Asimismo, cualesquiera personas jurídicas y también los colectivos o plataformas informales y sin personalidad jurídica.

2. Las actuaciones del Defensor del Pueblo según su contenido

El segundo criterio clasificatorio atiende al contenido de las actuaciones y presenta una notable variedad, procediendo a continuación a la presentación solo de las

[26] J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, «El mecanismo RED: un marco estable para preservar el empleo», en *Trabajo y Derecho,* 2022, núm. 88, pp. 1-23 de la versión digital.

[27] A la fecha de cierre de este trabajo no había todavía respuesta oficial de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social. A buen seguro, en el Informe anual de 2022 se dará cuenta del resultado de esta actuación de oficio.

principales actuaciones del Defensor del Pueblo y a su ejemplificación en el ámbito de la seguridad social, dejando fuera otras muchas actuaciones de menor importancia[28].

Hay hasta cinco tipos principales de actuaciones del Defensor del Pueblo según su contenido: las que se desenvuelven exclusivamente con las personas que presentan quejas individuales o colectivas rechazadas o no admitidas a trámite; las que se dirigen a la Administración y al Gobierno por posibles irregularidades administrativas bien singulares bien generales; las que pretenden del Gobierno una alteración del ordenamiento en vigor; las derivadas de conductas o comportamientos de los empleados públicos o de las autoridades administrativas susceptibles de depuración de responsabilidad disciplinaria; y las acciones ante la jurisdicción ordinaria o ante el Tribunal Constitucional, destacando sobremanera la interposición del recurso de inconstitucionalidad[29].

2.1. *Las actuaciones que se desenvuelven exclusivamente con los quejosos*

Un porcentaje muy elevado de quejas, superior al 50%, concluye mediante una decisión de rechazo o no admisión por carencia de fundamento (art. 17.3 LODP), en concreto por la inexistencia de irregularidad, disfunción o deficiencia alguna de la correspondiente Administración, sin que el campo de la seguridad social sea una excepción. En este tipo muy abundante de quejas no suele limitarse el Defensor del Pueblo sin más a la inadmisión a trámite, procediendo habitualmente a una asequible y detallada, además de rigurosa, explicación del motivo o de los motivos por los que no tendría razón jurídica el interesado quejoso, por mucho que este estuviera firmemente convencido de lo contrario. Una tarea de empatía y de consolación, además de pedagogía, que contrasta con la frialdad, oscuridad y racanería argumentativa de la mayoría de los actos y resoluciones administrativas, las más de las veces ininteligibles para los legos en derecho y quizá también para los no tan legos.

[28] Por ejemplo, las actuaciones de rechazo o no admisión a trámite de las quejas ante el manifiesto incumplimiento de los mínimos requisitos formales y materiales de los artículos 15, 17.2 y 17.3 LODP: quejas anónimas, quejas sin firma, quejas basadas en hechos conocidos por el interesado más de un año antes de la presentación de la queja, quejas sobre asuntos con judicialización por medio, quejas en las que se "advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión (por ejemplo, las quejas puramente informativas), así como aquellas otras cuya tramitación irrogue perjuicio al legítimo derecho de tercera persona. Igualmente, el rechazo o no admisión de las quejas preventivas, sin una previa actuación de la Administración susceptible de supervisión, así como de las quejas expresivas de problemas entre particulares, no sometidos a la actuación de supervisión del Defensor del Pueblo, salvo ejercicio por los particulares de potestades administrativos o la gestión (indirecta) de servicios públicos.

[29] Una clasificación similar puede verse en J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del …», op. cit., pp. 320-321.

Las motivaciones puramente genéricas y de difícil inteligencia de las resoluciones administrativas desfavorables o de gravamen, ya muy extendidas con anterioridad a la automatización de las actuaciones administrativas, son tras la automatización (total o parcial) casi el único tipo de resoluciones en el tráfico jurídico-administrativo, desde luego en el propio de la seguridad social sin la menor duda. Y siendo eso malo todavía peor es que el modelo se reproduzca cuando de la resolución de recursos administrativos se trata, con la consiguiente desinformación de los interesados, que no acaban de saber, por ejemplo, por qué no tienen derecho a una prestación de seguridad social hasta que el Defensor del Pueblo les explica como es debido el motivo o los motivos de la denegación administrativa de la prestación de seguridad social interesada.

Esta actuación informativa y pedagógica del Defensor del Pueblo no está expresamente contemplada en su normativa reguladora[30], constituyendo una vía de hecho, una más de las tan habituales prácticas de hecho a las que recurre esta institución constitucional, por supuesto siempre con un criterio discrecional. Evidentemente, el Defensor del Pueblo podría ahorrarse este tipo de actuaciones si los canales internos informativos y de reclamaciones de las diferentes administraciones y organismos públicos, previstos en sus cartas de servicios, funcionasen bien de verdad y no se limitasen a generar respuestas estandarizadas, que dejan a los interesados con la misma sensación de insatisfacción informativa que les producen las resoluciones administrativas desfavorables y de gravamen, yermas de una suficiente y comprensible motivación.

Son también muy abundantes las quejas rechazadas o no admitidas ante la inexistencia de una clara e indiscutible irregularidad administrativa, pero en las que, a diferencia del supuesto anterior, el ciudadano podría llegar a tener razón, consistiendo la tarea del Defensor del Pueblo en indicarle la vía a seguir y los pasos a dar, tal y como posibilita, que no impone, el artículo 17.1 LODP.

Un par de ejemplos ilustrativos de este tipo de actuaciones, muy frecuentes en el campo de la seguridad social, se añaden a continuación. Primero, la denegación por el INSS o el Instituto Social de la Marina de la pensión por incapacidad permanente pese a la concurrencia de un cuadro clínico con unas secuelas (limitaciones orgánicas o funcionales) de notable intensidad. Desde el Defensor del Pueblo se informa de los posibles pasos a seguir, empezando por la presentación de la reclamación administrativa previa, incluso fuera de plazo o reiterando la ya desestimada en su día (art. 71.4 LRJS), algo completamente desconocido por los interesados. Y continuando con la presentación

[30] Aunque el artículo 17.1 LODP establece que el rechazo o inadmisión de una queja se hará mediante escrito razonado, nada dice la norma legal sobre el contenido del razonamiento de la inadmisión, que bien pudiera ser mucho más escueto y genérico de lo que en la práctica habitual del Defensor del Pueblo en este apunto resulta.

de una demanda ante la jurisdicción social, con petición de intervención del médico forense y, en su caso, con solicitud de abogado de oficio. Téngase en cuenta que buena parte de los quejosos son personas en situación de vulnerabilidad económica, sin conocimiento de su derecho al beneficio de justicia gratuita.

Segundo ejemplo, con un sinfín de quejas todos los años, el embargo por la TGSS de la cuenta bancaria donde se ingresa un salario o una prestación o ayuda social inferior al importe del salario mínimo interprofesional (SMI, en adelante), inembargable por ley (art. 607 LEC y otros preceptos legales concordantes). En este escenario se aconseja al deudor con la seguridad social en vía ejecutiva o de apremio que presente un recurso de alzada frente a la correspondiente diligencia de embargo, justificando el concepto de la transferencia bancaria como ingreso inembargable por ley, y acompañando los movimientos de la cuenta bancaria durante los tres meses anteriores al embargo. En todos estos casos, como no podría ser de otra manera, la TGSS acaba devolviendo el importe de la cuenta bancaria indebidamente embargado. Asimismo, se informa a los quejosos de algo que suelen desconocer y es que si el concepto inembargable no se gasta o retira íntegramente en el mes del ingreso en la cuenta bancaria y pasa parcialmente al siguiente mes se convierte automáticamente, conforme al artículo 171.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en ahorro susceptible de embargo sin obstáculo alguno[31].

Por último, cuando una queja denuncia una supuesta irregularidad, disfunción o deficiencia administrativa, o bien la severidad y la injusticia (material) derivadas de la rigurosa aplicación de una norma en vigor, y el Defensor del Pueblo así lo considera también, pero esa supuesta irregularidad o esa supuesta injusticia ya ha sido objeto de actuaciones anteriores del Defensor del Pueblo sin éxito, se rechaza la queja y se informa al interesado de forma sucinta de las actuaciones anteriores infructuosas, aconsejándole, en su caso, la judicialización del problema objeto de la queja, aportándole fundamentos jurídicos para la eventual judicialización.

Un ejemplo de este tipo de intervenciones del Defensor del Pueblo puede encontrarse en la práctica administrativa seguida por el SEPE con sus deudores, incluso encontrándose ya la deuda en vía ejecutiva o de apremio, con gestión a cargo de la TGSS. Cuando los deudores acceden a una nueva prestación contributiva (ordinaria o extraordinaria por ERTE) por desempleo o a un nuevo subsidio asistencial (ordinario o extraordinario) por desempleo, incluso a una renta activa de inserción, el SEPE procede al descuento o compensación de la totalidad de la nueva percepción económica por

[31] Véase la interpretación que del artículo 171.3 de la Ley General Tributaria lleva a cabo en el ATS, 3ª, 26-9-2019, rec. 889/2019.

desempleo[32]. Descuento o compensación total al amparo del artículo 34 del Real Decreto 625/1985, que ni siquiera contempla expresamente la figura de la compensación total, con clara contravención de la jurisprudencia del Supremo sobre el reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas y la necesidad de salvaguardar el ingreso mínimo de subsistencia, igual al importe de las pensiones asistenciales por invalidez y jubilación[33]. Incluso esa práctica administrativa del SEPE podría resultar contraria a la peculiar doctrina del TEDH sobre la protección de las ayudas sociales (indebidamente percibidas por error de la Administración) de la mano del derecho de propiedad[34].

La inadmisión a trámite de este tipo de quejas responde a un elemental principio de economía, no teniendo sentido, salvo la aparición de elementos novedosos, la apertura de nuevas actuaciones abocadas de antemano al fracaso. Por supuesto, cuando se produce un cambio de ministro o ministra, e incluso un cambio en la cúpula de la correspondiente Administración institucional de la seguridad social, es habitual aprovechar una queja nueva para volver a la carga, defendiendo lo ya defendido en el pasado sin éxito, esperando tener una mejor acogida. Prueba evidente de que en las actuaciones del Defensor del Pueblo el componente político juega un relevante papel. Y de no aparecer una queja nueva, siempre podría acudirse a la actuación de oficio.

2.2. *Las actuaciones de supervisión de la Administración ante posibles irregularidades singulares y/o generales*

[32] Esta problemática y las correspondientes recomendaciones del Defensor del Pueblo, hasta la fecha sin éxito, están presentes en los informes anuales de 2019, 2020 y 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

Véase, J. A. MARTÍNEZ LUCAS, «La compensación de deudas con la Seguridad Social», en *Aranzadi Social,* 1998, núm. 5, pp. 1139 ss.

[33] SSTS, 4ª, 30-9-2000, rrcud 3441/1999 y 972/1998, y 10-10-2001, rcud 675/2001.

Criterio jurisprudencial acogido por la vigente versión del artículo 4 del Real Decreto 148/1996, que no se aplica a las prestaciones por desempleo, que se rigen por la imprecisa regla de compensación del artículo 34 del Real Decreto 625/1985.

[34] STEDH, 26-4-2018, asunto Cakarevic vs. Croacia.

Doctrina del TEDH asumida en España por algunos tribunales superiores de justicia, precisamente en asuntos de reintegro de prestaciones o subsidios por desempleo indebidamente percibidos. Por ejemplo, la STSJ de Cataluña, 9-4-2019, rec. 5480/2018, y STSJ de Madrid, 1-12-2020, rec. 559/2020.

Son también muy frecuentes las quejas que se limitan a lamentar el excesivo retraso en la resolución expresa de los correspondientes expedientes administrativos, con superación con creces en el ámbito de la seguridad social de los plazos del Real Decreto 286/2003, y de otras muchas normas legales y reglamentarias más.

Aunque con anterioridad a la pandemia de la covid-19 la superación de los plazos administrativos por parte de las entidades gestoras y colaboradoras de la seguridad social era excepcional, el crecimiento exponencial de los procedimientos administrativos asociados al llamado escudo social frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia, más los expedientes de siempre, más la muy compleja gestión del ingreso mínimo vital, ha acabado por descoser las ya tensas costuras del aparato burocrático de gestión de la seguridad social tras muchos años de constante pérdida de empleados públicos (raquítica tasa de reposición durante casi toda la segunda década del siglo XXI), pasando a ser el retraso en la resolución expresa de los expedientes administrativos algo habitual[35].

Una dolorosa prueba de que las administraciones modélicas (lo eran el INSS, la TGSS y el SEPE) pueden dejar de serlo a base de abandono y de sobrecarga de trabajo, abocadas irremediablemente al colapso. Los ejemplos de retraso serían innumerables y relativos a todas las prestaciones de seguridad social, destacando negativamente, a este respecto, la incapacidad temporal, la incapacidad permanente, el ingreso mínimo vital y la prestación extraordinaria por desempleo por ERTE.

Puesto que el artículo 17.2 LODP otorga un mandato especial al Defensor del Pueblo para velar por la resolución expresa, en tiempo y forma, de los procedimientos administrativos iniciados a instancia de los interesados, este tipo de quejas son siempre de admisión, si acaso con la condición de que el retraso tenga una cierta entidad, discrecionalmente apreciada por el Defensor del Pueblo.

Este tipo de investigaciones, extraordinariamente simplistas, suele concluir con la resolución expresa del correspondiente procedimiento administrativo gracias a la intervención del Defensor del Pueblo, poniendo fin a una demora que de otra manera se habría prolongado todavía más para desesperación de los interesados que con más frecuencia acuden al Defensor del Pueblo, los más necesitados de entre los necesitados, sin recursos económicos propios y sin redes familiares y de amistad de apoyo, según su

[35] En los primeros días de abril de 2022 eran numerosas las noticias en la prensa sobre el colapso de la seguridad social ante la pérdida de efectivos personales durante la última década y ante las jubilaciones masivas de los próximos años, más otros factores estructurales y coyunturales. Por ejemplo, véase el siguiente link: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/07/economia/1649344254_939535.html

Asimismo: https://www.abc.es/economia/abci-plantilla-seguridad-social-advierte-escriva-colapso-falta-personal-y-ultima-movilizaciones-202204071322_noticia.html

versión de los hechos, claro está. En el campo de la seguridad social los ejemplos son innumerables, aunque no suele haber rastro externo y público de los mismos ante la ausencia de resoluciones formales (sugerencias y recomendaciones) del Defensor del Pueblo y dada la no incorporación de esas quejas casuísticas en los informes anuales[36].

En el tira y afloja característico de estas investigaciones no faltan respuestas de las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social acerca del silencio administrativo negativo del artículo 129.3 LGSS, lo que sistemáticamente se traduce en escritos del Defensor del Pueblo recordando que el silencio administrativo negativo es una ficción legal al servicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva[37], que en ningún caso exonera a la Administración o a la mutua colaboradora de su obligación legal de resolución de forma expresa. Escritos contundentes del Defensor del Pueblo tras lo que curiosamente se procede de inmediato a la resolución expresa en cuestión[38].

Junto al problema concreto del retraso que se da en este tipo de quejas individuales, suele haber también una problemática general, fácil de comprobar a la vista de las quejas de similar contenido, que conduce al Defensor del Pueblo al empleo de una de las cuatro resoluciones formales del artículo 30.1 LODP, el recordatorio de deberes legales. Quizá el ejemplo más recurrente y desesperante en el ámbito de la seguridad social sea el que periódicamente se formula al INSS en materia de expedientes administrativos de determinación de la contingencia de los procesos de incapacidad temporal, que en muchas direcciones provinciales de esa entidad gestora supera el plazo de un año, cuando el artículo 6 del Real Decreto 1430/2009 habla de días[39].

---

[36] En el Informe anual de 2019, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, puede encontrarse un ejemplo de resolución expresa del pago directo de la incapacidad temporal por parte del INSS ante el incumplimiento empresarial del pago delegado gracias a la intervención del Defensor del Pueblo, agilizando notablemente la resolución de un expediente administrativo tramitado con suma parsimonia (queja 19021445).

[37] Por todas, STC 52/2014, de 10 de abril.

[38] Por poner solo un ejemplo, en el Informe anual de 2020, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, se da cuenta de la actuación del Defensor del Pueblo tendente a la asunción por las mutuas colaboradoras de su obligación legal de resolver en forma y plazo los expedientes en los que ejerzan potestades administrativas, lo que acontece cuando se les exige responsabilidad patrimonial por posible mala praxis sanitaria en supuestos de asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales. Obligación de resolución expresa defendida por el Defensor del Pueblo y hecha suya también por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, con comunicación interna a todas las mutuas colaboradoras (queja 19022237). Véase también el recordatorio del deber legal de las mutuas colaboradas resolver en forma y plazo las reclamaciones administrativas previas al hilo de la queja 20024331 (disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo).

Véase, F. LOZANO LARES, «El régimen jurídico de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social», en *Revista de Información Laboral,* 2016, núm. 12, pp. 71 ss.

[39] En la página web oficial del Defensor del Pueblo pueden encontrarse numerosos ejemplos de recordatorios de deberes legales en relación con este asunto. Uno de ellos puede verse en el siguiente enlace:

El recordatorio del deber legal de resolver de forma expresa, en tiempo y forma, de conformidad con los artículos 21 y 29 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, dedicando, en su caso, un mayor número de medios materiales y de empleados públicos, lamentablemente siempre cae en saco roto. Una prueba de libro de la extrema dificultad del Defensor del Pueblo para proyectar su labor supervisora sobre la gestión burocrática de los servicios públicos, sobre la autoorganización administrativa o la mala administración *ad intra*. Mala administración *ad intra* susceptible de supervisión por parte del Defensor del Pueblo en la medida en que incida directa o indirectamente sobre los administrados[40], y eso casi siempre suele suceder, al menos en la gestión de la seguridad social.

También hay investigaciones del Defensor del Pueblo, de oficio o a instancia de parte, con incidencia en la autoorganización administrativa, en la gestión burocrática de los servicios públicos y de las unidades administrativas, incluida la organización del trabajo en la medida en que repercuta en el servicio público y en la atención prestada a los administrados.

Con ocasión de la pandemia de la covid-19 se han multiplicado las investigaciones de este tipo, con especial énfasis en el mundo administrativo de la seguridad social. Destacan, a este respecto, las actuaciones por la ausencia de atención presencial en numerosas dependencias de las Administraciones institucionales de la seguridad social[41]. Por el muy deficiente servicio de atención presencial exclusivamente mediante cita previa, que incomprensiblemente viene arrojando un número de ciudadanos atendidos diariamente muy inferior al de los atendidos cuando se combinaba la atención mediante cita previa y la atención sin cita previa y número de turno como en los puestos de los mercados. Por la pésima atención del servicio telefónico, siempre ocupado y encima de pago. Y, en fin, por los nada *friendly*, permítase la cursilería, servicios telemáticos a través de las páginas web y las aplicaciones de la seguridad social y el SEPE, nada que ver con esos mismos servicios en el sector privado y en parte del sector público: la AEAT como mejor ejemplo.

---

https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/determinacion-de-un-contingencia-de-un-proceso-de-incapacidad-temporal/

También pueden verse otros ejemplos (queja 19014877) en el Informe anual de 2019, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

[40] La controversia doctrinal acerca de la mala administración *ad intra* y la labor de supervisión del Defensor del Pueblo puede verse en L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del …*, op. cit., pp. 91 ss.

[41] El último ejemplo de actuaciones del Defensor del Pueblo ante la seguridad social y el SEPE por las carencias e irregularidades de la atención presencial a los ciudadanos, de finales de abril de 2022, puede verse en el siguiente enlace:

https://www.defensordelpueblo.es/noticias/inicia-dos-actuaciones-oficio/

En todos estos asuntos, expresivos de la desesperación y la impotencia de la ciudadanía incomprensiblemente desinformada y desatendida, y en otros más similares, el Defensor del Pueblo se viene mostrando particularmente activo, obteniendo algunas mejoras, sobre todo en los servicios telemáticos, pero sin lograr dar a la ciudadanía desesperanzada una respuesta satisfactoria.

Particularmente odiosa es la situación de la TGSS, cerrada a cal y canto desde marzo de 2020, al tiempo que todo lo demás hace mucho tiempo que abrió sus puertas, con notables restricciones al principio, con disminución de las restricciones después y desde la primavera de 2022 sin restricciones de ningún tipo. Es verdad que el grueso de las personas físicas y jurídicas que se relacionan con la TGSS lo hacen de forma electrónica y además están jurídicamente obligados a ello[42], pero también es cierto que hay colectivos que ni tienen esa obligación jurídica ni tienen la suficiente cultura digital y se encuentran incomprensiblemente con las puertas de la TGSS cerradas *sine die*, ya sin la excusa de la pandemia de la covid-19. Es el caso, por poner dos ejemplos muy elocuentes, de las empleadas del hogar, mayoritariamente extranjeras y con un nivel educativo bajo, seguramente también en lo digital, y de los empleadores del hogar, muchos de ellos ancianos singularmente penalizados por la brecha digital, que más que brecha es sima[43].

Resultan especialmente relevantes las actuaciones del Defensor del Pueblo ante quejas de ciudadanos que aparentemente pudieran tener razón, siempre jurídicamente hablando y según el juicio subjetivo del Defensor del Pueblo. Ciudadanos perjudicados por algún tipo de irregularidad, disfunción o deficiencia administrativa en las actuaciones administrativas formalizadas, en las omisiones de actuación y en las vías materiales de hecho sin suficiente cobertura jurídica: ni normativa ni jurisprudencial ni en las diferentes manifestaciones del llamado Derecho administrativo subterráneo (circulares, instrucciones, órdenes de servicio, etc.). Asimismo, las actuaciones, omisiones y vías de hecho frontalmente ilícitas, contrarias a Derecho, incluida la contravención de la jurisprudencia, fundamental en el campo de la seguridad social. E, igualmente, las

[42] Orden ISM/903/2020, de 24 de septiembre, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social.

[43] Para colmo los titulares del hogar familiar, empleadores de empleadas del hogar, en muchos casos de edad muy avanzada, están recibiendo en los últimos meses providencias de apremio (deuda en concepto de principal y de recargo) por parte de la TGSS por infracotización al correspondiente sistema especial del régimen general al no haber tenido en cuenta las subidas anuales del SMI, sin que inexplicablemente la TGSS aplicase de oficio la acomodación de las cotizaciones sociales a las subidas anuales del SMI. Providencias de apremio sin la menor información y ante las que los titulares del hogar familiar no tienen más remedio que reaccionar telemáticamente, tarea imposible en muchos casos. Puesto que hay varias actuaciones del Defensor del Pueblo ante la TGSS abiertas por este motivo, a buen seguro en el informe anual de 2022 se dará cuenta de esta problemática, de las propuestas del Defensor del Pueblo y de la aceptación o no por parte de la TGSS.

actuaciones administrativas sustentadas en una interpretación (y/o aplicación) del Derecho heterodoxa, en perjuicio de los administrados y a favor de la Administración, con difícil encaje en el habitual juego de los criterios interpretativos del artículo 3.1 CC, más el auxilio último o de cierre del principio jurisprudencial probeneficiario en el mundo prestacional de la seguridad social[44].

La admisión a trámite de este tipo de quejas tiene una primera fase de investigación acerca del panorama fáctico, dirigida a contrastar la versión de los hechos del quejoso con la versión de los hechos de la Administración institucional de la seguridad social objeto de supervisión. También contempla esta primera fase la aportación por la Administración de la fundamentación jurídica de la actuación administrativa, la omisión o la vía material de hecho con sospecha de irregularidad, disfunción, deficiencia, ilicitud, interpretación heterodoxa, etc., yendo más allá de donde se hubiera ido, en el caso de las resoluciones administrativas con las habituales motivaciones jurídicas tan escuetas como genéricas o estandarizadas.

Si tras la fase inicial de investigación el Defensor del Pueblo corroborase la existencia de una irregularidad administrativa en sentido amplio, a su juicio no dirimente desde luego, las actuaciones subsiguientes irían encaminadas a la búsqueda de una solución de entre las varias posibles que conoce el Derecho administrativo, en función de las características del caso concreto, y bajo la premisa del convencimiento (total o parcial) de la Administración supervisada a resultas de la persuasión ejercida por el Defensor del Pueblo. Para satisfacción de los ciudadanos quejosos, con relativa frecuencia la Administración acaba dándole la razón al Defensor del Pueblo. Los ejemplos en el campo de la seguridad social son innumerables todos los años[45].

---

[44] El recurso de la jurisprudencia social al principio interpretativo probeneficiario es hace tiempo residual y además siempre como argumento a mayor abundamiento.

[45] Por poner solo un ejemplo, las actuaciones del Defensor del Pueblo ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), de la que dependen las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, para que estas cambiasen por completo su pauta de actuación y reconociesen que en los procesos de incapacidad temporal sobrevenidos en situaciones de ERTE de suspensión contractual o de reducción de jornada, con prestación contributiva (ordinaria o extraordinaria) por medio (art. 283.2 LGSS), la prestación económica por incapacidad temporal (contingencias comunes) en cuantía igual a la prestación por desempleo a cargo de la mutua debe percibirse desde el primer día, esto es, con inaplicación de las desfavorables reglas de la incapacidad temporal por contingencias comunes del artículo 173.1 LGSS. Actuaciones concluidas con éxito y de las que a buen seguro se dará cuenta en el Informe anual 2022, si bien en el Informe anual 2021 ya se adelantaba la problemática y la postura del Defensor del Pueblo a la espera de la contestación oficial de la DGOSS. Informes anuales disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

Véase, H. ÁLVAREZ CUESTA, «La concatenación entre la prestación contributiva por desempleo y la incapacidad temporal. Análisis del Artículo 222 LGSS», en AA. VV., *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2004, pp. 729 ss.

Por supuesto, tampoco son infrecuentes las actuaciones en las que el Defensor del Pueblo acaba aceptando la tesis jurídica de la Administración investigada, procediendo al cierre de las investigaciones y a la explicación de lo acontecido, fáctica y jurídicamente, al interesado (art. 31.1 LODP). Estos resultados, sin duda, refuerzan el prestigio del Defensor del Pueblo, pues demuestran que su acción no está basada en prejuicios sino en juicios que pueden ir variando conforme avanzan las investigaciones y el diálogo jurídico se hace más rico[46]. Adviértase que el Defensor del Pueblo no es necesariamente un abogado de parte, sino una institución de defensa de la legalidad, en la línea del Ministerio Fiscal, aunque en un plano distinto, no judicial.

También es verdad que con igual frecuencia la Administración involucrada no da su brazo a torcer y continúa defendiendo la regularidad de la actuación o praxis administrativa controvertida y objeto de investigación por el Defensor del Pueblo. Cuando el Defensor del Pueblo está convencido de que le asiste la razón jurídica, a la vista de la indiscutible mayor solvencia de los argumentos jurídicos empleados por este frente a los de la Administración investigada, se pasa a una fase ulterior, algo más formalista, en la que el Defensor del Pueblo eleva ante la Administración una sugerencia con la solución del caso concreto y la fundamentación jurídica de la solución.

La sugerencia, una de las cuatro resoluciones formales previstas en el artículo 30.1 LODP, ha de ser objeto de contestación expresa en el plazo de un mes, pudiendo ser aceptada total o parcialmente, o bien rechazada de forma motivada. La singularidad de la sugerencia radica en el hecho de que la autoridad administrativa interpelada sabe que el eventual rechazo seguramente determine que el Defensor del Pueblo reitere la misma sugerencia ante otras autoridades administrativas jerárquicamente superiores. Así, en el caso del INSS y de la TGSS la sugerencia rechazada sería replanteada ante la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones y, de no tener éxito y en algunos supuestos especialmente importantes, ante el ministro de Inmigración, Seguridad Social y Migraciones. Y en caso de rechazo de la sugerencia por parte del SEPE, la misma sería elevada ante la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social y, en su caso, ante la ministra de Trabajo y Economía Social.

En los informes anuales del Defensor del Pueblo hay abundancia de ejemplos de sugerencias en el campo de la seguridad social aceptadas por las diferentes instancias públicas que conforman la Administración de la seguridad social[47].

---

[46] El Defensor del Pueblo como institución de diálogo es la tesis sostenida por J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del …», op. cit., p. 323.

[47] Por emplear solo un ejemplo, en el Informe anual de 2020, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, se recogen diversas quejas (20005791, 20019252 y 20010210) de trabajadores autónomos que causaron baja en el RETA pocos días antes de la declaración del primer estado de alarma, el 14 de marzo de 2022, a la vista de la imposibilidad de continuar con su

La tarea, con diferencia, más importante del Defensor del Pueblo consiste en la detección de irregularidades administrativas *lato sensu* de alcance general, que afecten real o potencialmente a multitud de personas. Las quejas individuales de numerosos ciudadanos que plantean una misma problemática suelen ser el mejor observatorio para detectar las irregularidades administrativas generales. Otras veces el descubrimiento trae causa de alguna queja colectiva, presentada por alguna asociación formal o por alguna plataforma informal de afectados. Por supuesto, también en ocasiones el Defensor del Pueblo interviene de oficio tras tener conocimiento de la posible irregularidad administrativa general por diversos cauces posibles.

La dinámica de este tipo de investigaciones, amparadas en el artículo 28.1 LODP[48], suele ser sustancialmente la misma que la apenas vista, la de las irregularidades singulares o casuísticas, con la diferencia cualitativa de que la Administración institucional de la seguridad social investigada normalmente muestra una mayor resistencia a la hora de asumir la tesis jurídica patrocinada por el Defensor del Pueblo. Esa habitual mayor resistencia de la Administración obliga al Defensor del Pueblo a realizar un mayor esfuerzo de argumentación jurídica, siendo este tipo de actuaciones las más complejas, aunque también las más interesantes, y las más satisfactorias en caso de éxito total o parcial.

Si en las investigaciones para posibles irregularidades singulares se emplea en la última fase la vía formal de la sugerencia, en las irregularidades generales la resolución formal del artículo 30.1 LODP en liza es la recomendación. Ni que decir tiene que en muchas ocasiones se utilizan a la vez la sugerencia para el remedio del caso particular y la recomendación para la búsqueda de una solución tan general como la problemática detectada por el Defensor del Pueblo.

Al igual que sucede con las sugerencias, en los informes anuales del Defensor del Pueblo hay abundancia de ejemplos de recomendaciones en el campo de la seguridad

actividad con normalidad como consecuencia de los primeros estragos de la pandemia de la covid-19. La denegación de la prestación extraordinaria por cese de actividad del artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020 fue objeto de sugerencias del Defensor del Pueblo que consiguieron que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ordenase a las mutuas colaboradores el reconocimiento de la prestación extraordinaria, siendo fundamental el hecho de que, pese a haber causado baja en el RETA pocos días antes del 14 de marzo de 2020, en esa fecha se encontraban en situación asimilada al alta, de conformidad con el artículo 36.15 del Real Decreto 84/1996.

Véase, J. CALVO VÉRGEZ, «La prestación extraordinaria diseñada para los trabajadores autónomos a resultas de la reducción de la actividad motivada por la crisis del COVID-19: principales rasgos configuradores», en *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2021, núm. 2, versión digital.

[48] Dice así: «El Defensor del Pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquéllos».

social aceptadas por las diferentes instancias públicas que conforman la Administración de la seguridad social[49].

2.3. *Actuaciones tendentes a la modificación de la normativa en vigor*

En octavo lugar, son también de una enorme importancia las actuaciones del Defensor del Pueblo tendentes a la modificación del ordenamiento jurídico, tal y como prevé expresamente el artículo 28.2 LODP[50]. Modificación normativa que el Defensor del Pueblo viene interpretando, una vez más, de forma extensiva, dando también cabida a la creación normativa *ex novo*.

Son múltiples las razones por las que el Defensor del Pueblo podría llegar al convencimiento de que una determinada problemática de alcance general exigiera bien una respuesta normativa *ex novo* bien una modificación de la normativa en vigor. El artículo 28.2 LODP solo menciona una de esas razones, cuando el cumplimiento riguroso de la norma pudiera provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, pero en la práctica cotidiana del Defensor del Pueblo hay otros muchos motivos más, mereciendo especial protagonismo el posible desajuste material entre la normativa en vigor reguladora de una determinada materia y los valores, principios y derechos constitucionales.

Este tipo de actuaciones se desenvuelven a la fuerza en un entorno político de notable altura (art. 9.2 LODP). En lo que a la seguridad social se refiere, ante las

[49] Por utilizar un único ejemplo, dice así el Informe anual de 2020, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo: «Con el fin de aclarar con carácter general los conceptos de víctima de violencia de género y de víctima de violencia doméstica a los efectos del acceso a la renta activa de inserción (RAI), el Defensor del Pueblo formuló dos Recomendaciones al SEPE para que interpretase el artículo 2.2.c) del Real Decreto 1369/2006 de tal forma que se incluyese a los hijos menores, y a los menores sujetos a tutela, guarda y custodia, como posibles víctimas de violencia de género (violencia vicaria); y para que se considerase violencia doméstica la ejercida tanto sobre los hijos del agresor como sobre los de su cónyuge o pareja de hecho. Estas Recomendaciones fueron aceptadas por el SEPE en el año 2020 y materializadas a través de una nueva circular interna, que vino a rectificar en el concreto asunto que aquí interesa las anteriores instrucciones generales sobre la RAI (queja 19000048)». En el Informe anual de 2019 ya se había dado cuenta de este asunto, aunque faltaba la asunción de la recomendación por parte del SEPE.

Este nuevo criterio del SEPE, producto de la recomendación del Defensor del Pueblo, puede verse en el siguiente enlace:

https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/he-dejado-de-cobrar-el-paro/no-tengo-prestacion/victima-genero-domestica.html

[50] Literalmente: «Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma».

Véase, por todos, M. GARCÍA ÁLVAREZ y R. GARCÍA LÓPEZ, «El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del Estado social», en *Teoría y Realidad Constitucional,* 2010, núm. 26, pp. 127 ss.

Secretarías de Estado de la Seguridad Social y Pensiones y de Empleo y Economía Social, y en algunos casos ante el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y ante la ministra de Trabajo y Economía Social. Lo mismo da que se trate del cuestionamiento de normas reglamentarias que de normas legales, pues también respecto de estas últimas en la práctica la iniciativa es predominantemente gubernamental. En todo caso, y pese a que no sea una praxis realmente seguida, estando normas legales en juego siempre cabría acudir a las Cortes Generales: bien directamente a los grupos parlamentarios bien indirectamente a los grupos a través de la Comisión Mixta Congreso-Senado.

La vía formal para articular estas actuaciones es la de la recomendación dado el forzoso alcance general de cualquier propuesta de modificación normativa o de creación normativa. Y el origen podría ser indistintamente una actuación de oficio, una actuación a partir de una o de varias quejas individuales, o una actuación motivada por una queja colectiva.

La principal particularidad de estas actuaciones es su elevado tono político, sin perjuicio de que también suelan entrar en juego consideraciones jurídicas, sobre todo constitucionales. Y puesto que estas investigaciones se mueven en el terreno de la política del Derecho, las recomendaciones han de tener una textura abierta, centradas más en los objetivos normativos que en las concretas soluciones técnicas para lograrlos, dejando así al Gobierno (o a los grupos parlamentarios) el espacio que democráticamente le corresponde en la producción normativa: el ejercicio de la potestad reglamentaria, la aprobación de los reales decretos leyes y el impulso de los proyectos de ley.

Es verdad que no siempre resulta sencillo determinar el origen de las modificaciones normativas propuestas por el Defensor del Pueblo y aceptadas por el Gobierno, sobre todo porque en las correspondientes exposiciones de motivos suele ocultarse el impulso del Defensor del Pueblo. En muchas ocasiones, junto a la iniciativa del Defensor del Pueblo habrán concurrido otros muchos impulsos, más o menos conocidos, pero en algunos supuestos la actuación exclusiva o preponderante del Defensor del Pueblo estará con seguridad en el origen del cambio normativo.

Todos los años figuran en los informes del Defensor del Pueblo ante las Cortes Generales unos cuantos ejemplos de modificaciones normativas en el campo de la Seguridad Social aceptadas por el Gobierno a resultas de investigaciones del Defensor del Pueblo y materializadas a través del correspondiente cauce formal (real decreto u orden ministerial, real decreto-ley, proyecto de ley, etc.). La construcción jurídica del escudo social frente a la crisis de la pandemia de la covid-19 fue una ocasión

especialmente propicia para este tipo de iniciativas normativas del Defensor del Pueblo[51]. También la tortuosa regulación legal del ingreso mínimo vital[52].

2.4. *Las actuaciones de investigación de conductas de empleados públicos y autoridades administrativas*

Contempla la LODP la posibilidad de iniciar investigaciones a instancia de parte acerca de la conducta o comportamiento de los empleados públicos y las autoridades administrativas en su trato con los administrados, por si hubieran podido incurrir en abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión, involucrando en dichas investigaciones a los propios afectados y a sus superiores jerárquicos, pudiendo concluir las actuaciones de este tipo con propuestas del Defensor del Pueblo sobre depuración de responsabilidad disciplinaria (o política en el caso de las autoridades administrativas sin relación laboral o administrativa de función pública por medio), obviamente no vinculantes[53].

---

[51] En el Informe anual de 2020 (complementado por el Informe anual de 2021), disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, se encuentran recogidas las numerosas iniciativas normativas del Defensor del Pueblo, aceptadas y materializadas por el Gobierno, casi siempre vía real decreto-ley. Los casos siguientes, por citar algunos ejemplos: la consideración del aislamiento preventivo por contagio por SARS CoV-2 (o contacto estrecho) como incapacidad temporal por accidente de trabajo *sui generis* del artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020; la inclusión en el precepto anterior de los confinamientos municipales estrictos como el de Igualada y otros municipios limítrofes vía Real Decreto-ley 13/2020; el reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo a los desempleados que causaron baja voluntaria en su anterior empleo antes del 14 de marzo de 2020 y posteriormente vieron frustrada por la pandemia de la covid-19 la oferta en firme de contratación laboral, o bien fueron objeto de contratación laboral con rescisión del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, de conformidad con el artículo 22 del Real Decreto-ley 15/2020; el reconocimiento de un subsidio extraordinario por desempleo para los desempleados que agotaron la correspondiente protección económica por desempleo entre el 14 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2022, a través del artículo 1 del Real Decreto-ley 32/2020; la protección extraordinaria por desempleo para los profesionales taurinos del artículo 4 del Real Decreto-ley 32/2020; el reconocimiento para los profesionales sanitarios en centros sanitarios y socio-sanitarios contagiados por SARS-CoV-2 de las prestaciones de Seguridad Social propias de la enfermedad profesional, pese a la consideración de dicho contagio como accidente de trabajo, de conformidad con el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021.

Sobre el escudo social frente a la crisis de la pandemia de la covid-19, entre otros muchos, J. F. BLASCO LAHOZ, «Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19», en *Trabajo y Derecho,* 2020, monográfico núm. 12, versión digital.

[52] En los informes anuales de 2020 y 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, pueden verse diferentes ejemplos de modificaciones normativas relativas al ingreso mínimo vital propuestas por el Defensor del Pueblo, aceptadas por el Gobierno e incorporadas a la regulación legal vía real decreto-ley. Por ejemplo, las modificaciones flexibilizadoras sobre la edad de los beneficiarios del ingreso mínimo vital, inferior a 23 años y superior a 65 años, rígidamente contempladas en la versión inicial del Real Decreto-ley 20/2020.

Por todos, J. L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA y R. TRILLO GARCÍA, *Ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico,* Laborum, Murcia, 2021.

[53] Artículos 20, 21 y 23 LODP.

Estas investigaciones no se están empleando *de facto* en el ámbito de la seguridad social. Y cuando como a veces sucede, sobre todo en relación con los inspectores médicos del INSS en los expedientes de incapacidad laboral (temporal y permanente), las quejas denuncian comportamientos o conductas contrarios a las obligaciones profesionales de los empleados públicos se aconseja a los interesados que utilicen el canal interno de sugerencias y quejas de la Administración de la seguridad social[54].

Es evidente que en este ámbito el Defensor del Pueblo podría plantearse asumir un papel proactivo, al que hasta la fecha ha renunciado[55]. Bien es verdad que la eventual intervención del Defensor del Pueblo estaría de antemano abocada al fracaso, o a la irrelevancia, habida cuenta la falta de cultura de depuración de la responsabilidad disciplinaria, empezando por las propias Administraciones y concluyendo con la más que reacia jurisdicción contencioso-administrativa.

2.5. *El ejercicio de acciones ante la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional*

Singulariza al Defensor del Pueblo español dentro del panorama de Derecho comparado el posible ejercicio de acciones ante el Tribunal Constitucional[56]. También ante la jurisdicción ordinaria en los pocos casos en los que así está legalmente previsto como en el ininteligible artículo 26 LOPD[57] y en otros preceptos legales más dispersos por el ordenamiento jurídico[58]. El ejercicio de acciones ante la jurisdicción ordinaria, que

[54] La información detallada se encuentra en el siguiente link:

https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/SugerenciasQuejas

[55] Véase la interesante reflexión de L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del Pueblo como institución de control de la Administración Pública», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, p. 125.

[56] Esta singularidad de la institución española constituye un modelo cuya extensión aconseja el principio núm. 19 de los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

[57] Dice así el artículo 26 LODP: «El Defensor del Pueblo podrá, de oficio, ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito».

Un comentario de este incomprensible precepto legal puede verse en J. Mª. DE PALACIO VALLE-LERSUNDI, «Artículo 26», en A. Rovira Viñas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo,* Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 661 ss.

[58] El caso del expediente judicial de *habeas corpus* del artículo 3 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*. Y la legitimación activa para la presentación del recurso de casación en interés de la ley del artículo 491 LEC.

tiene algún recorrido práctico en algunas experiencias comparadas, sobre todo en los países nórdicos, en España resulta inédito o casi[59].

Por lo que a las acciones ante el Tribunal Constitucional se refiere, puede el Defensor del Pueblo, de oficio o a instancia de parte, interponer tanto el recurso de inconstitucionalidad como el recurso de amparo, siendo esta heterodoxa legitimación activa una decisión del propio constituyente: artículo 162.1 CE[60]. La vía del recurso de amparo es anecdótica y hace mucho tiempo que no se emplea[61]. Pese a todo, no faltan todos los años solicitudes de interposición del recurso de amparo por parte del Defensor del Pueblo, sistemáticamente rechazadas[62].

Y la vía del recurso de inconstitucionalidad, aunque no sea anecdótica en la práctica, se viene utilizando con cuentagotas como demuestra la estadística oficial[63]. Además, y a diferencia de lo acontecido en el campo laboral, de la libertad sindical sobre todo[64], sin ejemplos en el ámbito de la seguridad social, pese a no faltar pocas ocasiones.

En efecto, casi todos los años se presentan ante el Defensor del Pueblo algunas propuestas o solicitudes de interposición del recurso de inconstitucionalidad en el ámbito de la seguridad social, destacando, a este respecto, en los últimos tiempos la controvertida normativa de rango legal sobre el ingreso mínimo vital[65]. La endeblez de

---

[59] En pocas ocasiones el Defensor del Pueblo ha activado el expediente judicial de *habeas corpus*.

[60] Por todos, I. TORRES MURO, «Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional,* 2010, núm. 26, pp. 95 ss., y M. DÍAZ CREGO, «Defensor del Pueblo y Justicia Constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial», en *Teoría y Realidad Constitucional,* 2010, núm. 26, pp. 307 ss.

[61] Dan cuenta de varios ejemplos de interposición del recurso de amparo por parte del Defensor del Pueblo frente a sentencias (laborales) de órganos de la jurisdicción social, los autores citados en la nota anterior.

[62] Conforme a los datos estadísticos que figuran en el Informe anual de 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, en el año 2021 fueron 42 las solicitudes de interposición del recurso de amparo, todas ellas rechazadas.

[63] La relación de los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Defensor del Pueblo desde el inicio de su andadura hasta 2019 puede verse en L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 159 ss.

En los años 2020 y 2021 no se presentó ningún recurso de inconstitucionalidad y ello pese a la considerable cantidad de peticiones de interposición. En efecto, conforme a los datos estadísticos de los años 2020 y 2021, que figuran en los informes anuales presentados ante las Cortes Generales, y disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, en el año 2021 se presentaron 162 solicitudes de recurso de inconstitucionalidad (muchas de ellas agrupadas por tener un contenido idéntico) y 791 en el año 2020, la inmensa mayoría agrupadas, debiendo pues relativizarse sobremanera tan abultado número de solicitudes.

[64] L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 161 ss.

[65] En el informe anual de 2022 se dará cuenta de las peticiones individuales y colectivas de solicitud de interposición del recurso de inconstitucionalidad frente a la normativa legal del ingreso mínimo vital, todas ellas rechazadas por el Defensor del Pueblo.

los argumentos jurídicos de los proponentes en la mayoría de los casos explica la inactividad del Defensor del Pueblo. Bien es verdad que hay una clara voluntad política de todos los defensores del pueblo de no emplear su mayor arma, o bien de hacerlo de forma extremadamente prudente[66]. Y la jurisprudencia constitucional en materia de seguridad social, que como es bien sabido viene otorgando al legislador un considerable margen de maniobra, aconseja extremar todavía más la prudencia en este sector del ordenamiento jurídico.

IV. LA PERSUASIÓN COMO ÚNICA ARMA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN SU TAREA CENTRAL DE SUPERVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: HACER DE LA NECESIDAD VIRTUD

De las diferentes actuaciones del Defensor del Pueblo las más importantes, y las que mayor interés académico suscitan, son las de control o supervisión de la Administración ante posibles irregularidades administrativas en sentido amplio, muy en particular cuando las irregularidades tengan carácter general y el número de afectados reales o potenciales se cuente por muchos miles de ciudadanos. En este escenario cobra plenamente sentido la institución del Defensor del Pueblo, sin perjuicio de que existan también otros mecanismos internos (administrativos) y externos (judiciales) con capacidad de influencia en la mejora continua de la Administración, exigencia ineludible de todo Estado de derecho avanzado que merezca tal nombre[67].

Lejos de interferir, la combinación de los mecanismos administrativos internos (desde los clásicos recursos administrativos hasta los modernos sistemas de *compliance*, pasando por los instrumentos de gestión de la calidad administrativa), del control externo de las justicias contencioso-administrativa y social (centradas en la solución del caso concreto, aunque muchas veces con una doctrina de alcance general que tarde o temprano acaba calando y extendiéndose a través de diversos medios posibles) y de la supervisión por parte del Defensor del Pueblo constituye un círculo virtuoso para la mejora continua de la Administración Pública. No hay, pues, interferencia sino complementariedad.

En la versión digital del Informe anual de 2021, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, figuran las dos peticiones de recurso relativas a disposiciones de la LGSS introducidas o modificadas en el año 2021 vía real decreto-ley, atinentes a competencias de la TGSS y a la gestión recaudatoria (pp. 20 y ss. y 40 ss. del Anexo D.5). Peticiones de recurso rechazadas por el Defensor del Pueblo.

[66] J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del …», op. cit., pp. 328-330.

[67] La idea de la contribución del Defensor del Pueblo a la mejora continua de la Administración está muy presente en el estudio de L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del …», op. cit., p. 117.

Retomando las actuaciones del Defensor del Pueblo más importantes y de mayor interés académico, es un lugar común la afirmación de que la persuasión es la principal, por no decir única, arma del Defensor del Pueblo, que no cuenta con *potestas* alguna y que todo ha de fiarlo a la *auctoritas*[68], al prestigio personal de quien en cada momento encarna al Defensor del Pueblo y al prestigio institucional logrado durante cuarenta años de funcionamiento, con un sinfín de actuaciones en las que la Administración acaba dándole en todo o en parte la razón al Defensor del Pueblo, con la consiguiente mejora de la relación entre la Administración y los ciudadanos. Ese lugar común se corresponde plenamente con la realidad.

El prestigio personal y el prestigio institucional solo integran la *auctoritas* de origen, un buen punto de partida, pero mucho menos importante que la *auctoritas* de ejercicio, que se manifiesta en cada nueva y concreta actuación de supervisión de la Administración por parte del Defensor del Pueblo[69]. Y en ese escenario del rabioso presente la persuasión vale tanto como valgan los argumentos jurídicos y de otra índole que se pongan sobre la mesa por parte del Defensor del Pueblo.

Puesto que en la esgrima dialéctica que se practica en este tipo de investigaciones el Defensor del Pueblo solo cuenta con el arma de la persuasión, se trata de hacer de la necesidad virtud aprovechando la configuración normativa de este tipo de investigaciones. Una configuración basada en la sumariedad, la informalidad, la flexibilidad y el dinamismo, así como en otros principios como la economía, la oficialidad y la gratuidad[70].

Ni en sus relaciones con el interesado que presenta la queja ni en la investigación frente a la Administración supervisada está el Defensor del Pueblo sometido a un verdadero procedimiento en el sentido jurídico, al estilo del procedimiento administrativo o del proceso judicial[71]. Precisamente por ello no se desenvuelven las investigaciones en el clásico terreno estático predominante en el ámbito jurídico, en el que cada paso condiciona los siguientes y una mala estrategia o una deficiente argumentación jurídica

---

[68] Entre otros muchos, V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 48 ss. (vol. I), J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del …», op. cit., pp. 318-319, L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del …», op. cit., p. 117, y L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, p. 161; A. ROVIRA VIÑAS, «Introducción», en op. cit., pp. 25-26.

[69] La doble dimensión de la *auctoritas* puede verse en A. ROVIRA VIÑAS, «Introducción», en op. cit., p. 26.

[70] De investigación sumaria e informal habla el artículo 18.1 LODP.

Véase, F. M. BRUÑÉN BARBERÁ, «Artículo 18», en A. ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo,* Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 467 ss.

[71] En este sentido, L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del …», op. cit., pp. 109-110.

pueden predeterminar el fracaso de la pretensión, sino que todo discurre con gran dinamismo y flexibilidad, en los términos a los que de inmediato se hará referencia. Lo que interesa ahora destacar es que la sumariedad, la informalidad, la flexibilidad y el dinamismo de las investigaciones del Defensor del Pueblo están inequívocamente al servicio de la única arma de que dispone esta institución constitucional, la persuasión en su esgrima dialéctica con la Administración supervisada o controlada.

Para el esclarecimiento de los hechos dispone el Defensor del Pueblo de numerosas facultades, similares a las de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, e incluso a las del Ministerio Fiscal. Una vez esclarecidos los hechos, de ser estos relevantes porque muchas veces no lo serán o no habrá controversia sobre el sustrato fáctico, comienza la verdadera esgrima dialéctica, evidentemente siempre que el Defensor del Pueblo discrepe de la argumentación jurídica empleada en un primer momento por la Administración supervisada. La eventual ventaja del Defensor del Pueblo en la esgrima dialéctica dependerá de la argumentación jurídica (y, complementariamente, de otra índole) que sea capaz de armar, más rica, más sólida, mejor engarzada con los valores, principios y derechos constitucionales, y más elocuente que la plasmada por la Administración supervisada en su informe oficial.

Solo cuando se logra cobrar esa ventaja dialéctica y la misma no retrocede en el tira y afloja entre la Administración supervisada y el Defensor del Pueblo, el arma de la persuasión puede acabar arrojando un resultado final exitoso. En este sentido, y por lo que al campo de la seguridad social se refiere, juega a favor del Defensor del Pueblo el hecho de poder elevar la investigación desde la correspondiente Administración institucional supervisada inicialmente (INSS, TGSS, SEPE, etc.) hasta el ministro o la ministra del ramo, pasando por diversas direcciones generales y secretarías de Estado. En la escala ascendente de las investigaciones del Defensor del Pueblo no es infrecuente que la solidez de los argumentos empleados por este desde el principio acabe calando frente a su rechazo inicial. La insistencia, no limitada por ningún tipo de plazos preclusivos, juega a favor del Defensor del Pueblo. Es la que podría denominarse persuasión por insistencia, que no por agotamiento.

Hacer de la necesidad virtud en lo que atañe al arma de la persuasión en manos del Defensor del Pueblo no es una mera teoría, más o menos del gusto académico, sino una realidad que año tras año se viene poniendo de manifiesto a través del alto porcentaje de sugerencias y recomendaciones aceptadas en todo o en parte[72], sin que la seguridad social sea una excepción. Por citar solo un ejemplo de enorme importancia cuantitativa y

[72] L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del …*, op. cit., p. 189, quien se refiere a un porcentaje por encima del 80%, quizá algo exagerado, desde luego no cumplido en el campo de la seguridad social, donde el porcentaje de aceptación siendo elevado no alcanza ni mucho menos esa elevada cota.

cualitativa, así como de tenacidad del Defensor del Pueblo durante varios años, con recomendaciones reiteradas ante el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda, primero rechazadas y finalmente aceptadas: la erradicación de la práctica administrativa de embargo de las pensiones contributivas de seguridad social derivadas de contingencias comunes en los meses en los que coinciden las pagas ordinaria y extraordinaria (junio y noviembre) sin consideración como inembargable en esos meses del doble del SMI, esto es, con respeto exclusivamente del SMI mensual e inaceptable e ilegal olvido del SMI anual[73].

Eso por no hablar de las muchas investigaciones en el campo de la seguridad social en las que se acaba dando la razón al Defensor del Pueblo sin necesidad de llegar a formular una resolución formal, a la vista de la contundencia jurídica de los escritos iniciales e intermedios del Defensor del Pueblo. Investigaciones exitosas mucho más numerosas que las que dan lugar a resoluciones formales, aunque ciertamente menos visibles, ausentes en la información pública disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, y solo presentes en los informes anuales[74], aunque con un criterio restrictivo, que deja fuera muchas de las actuaciones fructíferas del Defensor del Pueblo sin resoluciones formales por medio.

V. LA SINGULAR NATURALEZA DE LA LABOR SUPERVISORA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: LA CONCIENCIA CRÍTICA DEL ESTADO DE DERECHO

Parece oportuno dedicar algunos párrafos a la muy singular naturaleza jurídica de la labor de supervisión de la Administración que constituye el núcleo duro de las funciones otorgadas al Defensor del Pueblo, sin perjuicio del planteamiento de los recursos de

[73] En los informes anuales de 2020 y 2021 figura una extensa información sobre esta importante materia. En el Informe anual de 2022 se incluirá con seguridad la información sobre el final feliz de estas actuaciones con especial tenacidad del Defensor del Pueblo.

[74] Por poner un único ejemplo, doble en realidad, en los Informes anuales de 2020 y 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, figuran las actuaciones exitosas (quejas 20023294, 20023294 y 21012540) del Defensor del Pueblo ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), para que esta influyese en las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, en materia de denegación de la prestación extraordinaria por cese de actividad de diversos reales decretos-leyes del año 2020 a los trabajadores autónomos que a fecha 30 de junio de 2020 estuviesen disfrutando una prestación económica por incapacidad temporal o una prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, y ello aunque en algún momento hubieran sido beneficiarios de la prestación extraordinaria por cese de actividad del artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, suspendida al pasar a la situación de incapacidad temporal o de nacimiento y cuidado menor. Gracias a la asunción por la DGOSS de la tesis del Defensor del Pueblo, esa dirección general acabó conminando a las mutuas colaboradoras a que revisasen de oficio todas las prestaciones extraordinarias por cese de actividad denegadas a miles de trabajadores autónomos.

Véase, J. CALVO VÉRGEZ, «La prestación extraordinaria …», op. cit.

inconstitucionalidad y de amparo. Muy en particular, se pretende terciar en el controvertido debate académico acerca de la posible naturaleza mediadora de la labor del Defensor del Pueblo[75].

Vaya por delante que la mayor parte de las actuaciones del Defensor del Pueblo, incluidas las de seguridad social, se producen a instancia de parte, en concreto de las quejas presentadas por los ciudadanos, individual y colectivamente considerados. En estos casos, cobra plenamente sentido la peculiar denominación de la instancia española, Defensor del Pueblo, que se aparta de la predominante denominación de la institución en el Derecho comparado, *Ombudsman*, que en sueco significa persona que tramita[76]. La expresión española Defensor del Pueblo, creación del genio de Manuel Fraga Iribarne[77], conecta fácilmente, sobre todo en el imaginario popular, con la idea de abogado del Pueblo.

Y verdaderamente el Defensor del Pueblo presta inicialmente al ciudadano que presenta una queja algo muy similar a una asistencia letrada gratuita. Y ello tanto si la queja es objeto de rechazo o inadmisión, lo que acontece en más del 50% de los casos, como si se admite a trámite y se inicia la oportuna investigación ante la correspondiente Administración Pública. Una pseudo asistencia letrada gratuita muy distinta de la que proviene de los abogados de oficio a través del beneficio de justicia gratuita. Primero, porque es automática, sin requisitos que condicionen la asistencia letrada. Segundo, porque es especializada, estando los asesores del Defensor del Pueblo divididos en diversas áreas temáticas, mientras los abogados de oficio suelen tener un perfil más generalista, con predominio civil y penal y raramente dominio de los ámbitos contencioso-administrativo y social. Tercero, porque no se desenvuelve ante la justicia, ante los jueces y tribunales[78], sino ante la Administración Pública.

Asistencia letrada que no obstante no convierte al Defensor del Pueblo ni formal ni materialmente en abogado del quejoso, entre otras muchas cosas, porque el Defensor del Pueblo no se debe al interés particular del quejoso, siendo su misión la defensa de la

[75] Fundamental resulta la obra de G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo,* Aranzadi, Navarra, 2008. Del mismo autor, «La mediación administrativa como especialidad propia en el funcionamiento de los Defensores del Pueblo (Ombudsmen)», en *La Ley Mediación y Arbitraje,* 2021, núm. 8, pp. 1-48 de la versión digital.

[76] En este sentido, V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del* …, op. cit., p. 7 y pp. 33 ss. (vol. I), desaconsejando en cualquier caso la traducción literal al español por la posible confusión con el término genérico “procurador”.

[77] Así lo manifestó Gregorio Peces-Barba Martínez en uno de los coloquios del seminario celebrado a principios de enero de 1992 en la Universidad Carlos III de Madrid en el marco de la Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo. Los resultados de ese seminario se tradujeron en la siguiente publicación: AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992.

[78] Artículo 119 CE y Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

legalidad constitucional (art. 54 CE) y ordinaria (interpretación extensiva de su mandato por el propio Defensor del Pueblo) de manera objetiva, en la línea del cometido del Ministerio Fiscal, solo que este defiende la legalidad en el ámbito judicial (art. 124.1 CE) y el Defensor del Pueblo lo hace en su tarea central de supervisión directa de la Administración Pública.

La defensa objetiva de la legalidad constitucional y ordinaria es particularmente evidente en las actuaciones de oficio, pero es igualmente el norte a seguir en las actuaciones a instancia de parte, sobre todo del ciudadano que presenta una queja, pudiendo en este último caso coincidir en todo o en parte la defensa objetiva y la defensa subjetiva.

Así las cosas, poco o nada tiene que ver la labor de supervisión de la Administración Pública por parte del Defensor del Pueblo con la figura de la mediación administrativa[79]. Por lo pronto, entre la Administración Pública y el administrado no suele haber una verdadera negociación formal o informal tendente a la solución de la discrepancia que los enfrente y en la que el Defensor del Pueblo pueda mediar como un tercero imparcial, intentando acercar la postura de las partes y eventualmente proponer una solución de la controversia, evidentemente no vinculante para las partes enfrentadas. Nada más lejos de la realidad, al menos en lo que atañe al campo de la seguridad social.

Asimismo, el Defensor del Pueblo no es un tercero ajeno a las partes en conflicto, pues muchas veces, se ha dicho ya, el interés subjetivo del quejoso y el interés objetivo perseguido por el Defensor del Pueblo coinciden y en ese escenario el Defensor del Pueblo no puede ser un genuino mediador administrativo, por definición un tercero imparcial.

Eso no quita para que en algunas actuaciones o investigaciones concretas el Defensor del Pueblo pueda desempeñar una labor de mediación administrativa, sobre todo cuando la Administración Pública supervisada ejerza una potestad discrecional y el administrado quejoso esté dispuesto a obtener una satisfacción solo parcial de su "pretensión" inicial[80]. De hecho, varias legislaciones autonómicas sobre las figuras similares al Defensor del Pueblo contemplan expresamente la eventual labor mediadora[81].

Así podría suceder en el ámbito de la seguridad social, por ejemplo, con el aplazamiento/fraccionamiento de las deudas con la seguridad social. No pocos aspectos

---

[79] Sobre la mediación administrativa, por todos, G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y …*, op. cit., pp. 105 ss.

[80] En este sentido, J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del …», op. cit., p. 320, y L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del …», op. cit., p. 132.

[81] Así, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 138-139, nota núm. 273.

de esa potestad administrativa discrecional (art. 31.1 RD 1415/2004), como el plazo concreto del plan de aplazamiento/fraccionamiento hasta el máximo de cinco años y como el porcentaje de la totalidad de la deuda a abonar por adelantado, podrían perfectamente ser objeto de mediación administrativa a cargo del Defensor del Pueblo, pero la pétrea rigidez de la TGSS hasta el momento no ha permitido explorar esta potencial función mediadora, salvo en contadas ocasiones[82]. Rigidez de la TGSS que contrasta con la flexibilidad que viene mostrando la AEAT en materia de aplazamiento/fraccionamiento de deudas con la Hacienda Pública.

En cualquier caso, la eventual y ocasional función mediadora del Defensor del Pueblo no permite convertir a esta institución constitucional con carácter general en una suerte de mediador administrativo[83]. No ha de confundirse, en este sentido, la residual labor mediadora de los defensores del pueblo o los *ombudsmen* con la denominación francesa de este tipo de instituciones de supervisión de la Administración y tutela no jurisdiccional de los derechos humanos, "*médiateurs*"[84].

El Defensor del Pueblo es más bien una garante externo y objetivo de la legalidad constitucional y ordinaria de la actuación y la praxis administrativas, que persigue desde la persuasión y la *auctoritas* que lo singularizan la mejora continua de la Administración Pública y de paso la defensa real o potencial de los administrados perjudicados por las irregularidades administrativas en sentido amplio, por la mala administración si se prefiere esta terminología tan del gusto de los administrativistas, aunque de contornos difusos[85]. La conciencia crítica del Estado al servicio de los ciudadanos, tal y como reza el título de una tesis doctoral[86]. O, en palabras de un profundo conocedor de la

[82] En el Informe anual de 2021, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, figura un ejemplo (queja 19017447) de actuación mediadora exitosa del Defensor del Pueblo, con incremento del plazo del plan de aplazamiento/fraccionamiento hasta el máximo reglamentario de cinco años, con rectificación de la restrictiva posición inicial de la TGSS.

[83] Rechaza categóricamente la función mediadora del Defensor del Pueblo, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 138 ss. En cambio, defiende vivamente la labor mediadora del Defensor del Pueblo, G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y* …, op. cit., pp. 247 ss.

[84] Utiliza esta expresión francesa, por ejemplo, Lord R. BALFE, «Nécessité d'un ensamble de normes communes pour les institutions du médiateur en Europe», Documento 14953, de 20 de agosto de 2019, destinado a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (disponible en internet).

[85] Sobre el concepto de mala administración, de origen anglosajón, y su incorporación en ordenamientos continentales europeos como el español, G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y* …, op. cit., pp. 215 ss.

También cabe aproximarse al concepto de mala administración a través del concepto antagónico de buena administración, de muy notable predicamento en el Derecho de la Unión Europea. Por todos, J. RODRÍGUEZ-ARANA, *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración,* Reus, Madrid, 2012.

[86] L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit.

institución, además de académico prestigioso: "El Defensor es el que mejor escucha el ruido de la carcoma"[87]. A lo que quizá habría que añadir: carcoma inevitablemente presente en todo aparato estatal, incluso con un consolidado Estado de derecho por medio.

VI. EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LOS PODERES DEL ESTADO: PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA* Y VÍAS DE HECHO PARA EL FORTALECIMIENTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

De manera muy llamativa casi todos los estudiosos teóricos del Defensor del Pueblo coinciden en el considerable margen de mejora que presenta el vigente marco jurídico[88], presentando la LODP una ordenación interna poco ordenada, valga el juego de palabras, y contando con algunos preceptos de difícil inteligencia, como el caso paradigmático del artículo 26 LODP[89].

La propia disposición transitoria única de la LODP prevé la reforma legal a iniciativa razonada del Defensor del Pueblo tras el transcurso del prudencial plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la ley orgánica. Y, sin embargo, las tres únicas reformas de ese texto legal tienen un alcance muy limitado y no responden a la iniciativa razonada del propio Defensor del Pueblo[90]. Y ello pese a haber estado precedida la primera de las tres reformas de un magnífico seminario académico, celebrado en la Universidad Carlos

---

Sobre la singular naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo, por todos, J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, «La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1983, núm. 8, pp. 63 ss.

[87] A. ROVIRA VIÑAS, «Introducción», en op. cit., p. 22.

[88] Por todos, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Conclusiones. Una recapitulación y unas propuestas», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, pp. 301 ss., quien no solo expresa su parecer, sino que también se hace eco de las numerosas opiniones ajenas partidarias de la reforma de la LODP.

Sobre la entera LODP, y pese al alcance desigual de los diferentes comentarios, resulta fundamental la siguiente obra: A. ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo,* Aranzadi, Navarra, 2002.

[89] Véase la nota núm. 57.

[90] La primera reforma, articulada mediante la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo, limitada a la creación de la Comisión Mixta Congreso-Senado en lugar de las previas comisiones de relación con el Defensor del Pueblo del Congreso y del Senado por separado. La segunda reforma, producto de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, para la derogación del artículo 24.2 LODP, que contemplaba un tipo específico del delito de desobediencia por obstaculización de la labor supervisora del Defensor del Pueblo, ahora ubicado en su lugar natural, el artículo 502.2 CP. Y la tercera reforma, producto de la Ley Orgánica 1/2009, para la introducción del Mecanismo de Prevención de la Tortura (disposición final única LODP).

III de Madrid en enero de 1992[91], destinado monográficamente a la función reformadora, sin haber logrado impulsar la propia iniciativa del Defensor del Pueblo, activo participante en el citado seminario.

La experiencia de cuarenta años de relación del Defensor del Pueblo con los tres poderes del Estado aconseja introducir algunos cambios legales, así como seguir recurriendo a las vías de hecho que tanto juego le han proporcionado a esta institución constitucional, muchas de ellas por, cierto poco, conocidas por los constitucionalistas y administrativistas que más han estudiado la figura del Defensor del Pueblo.

Antes de abordar algunas propuestas de *lege ferenda* y algunas vías de hecho, a partir de las relaciones entre el Defensor del Pueblo y los tres poderes del Estado, conviene advertir del peligro que entrañaría cualquier postulado de máximos, cualquier reivindicación de nuevos y potentes mecanismos de supervisión exterior de la Administración Pública, que más pronto que tarde harían que la institución muriese de éxito, de sobrecarga de trabajo, no pudiendo confiar, tal y como después habrá ocasión de manifestar, en un incremento proporcional de la dotación presupuestaria capaz de hacer frente a la sobrecarga de trabajo.

1. El Defensor del Pueblo y el Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración)

Empezando con la principal de las relaciones que entabla el Defensor del Pueblo con los tres poderes del Estado, la que le une al Poder Ejecutivo, al Gobierno y a su brazo burocrático, la Administración Pública, poca cosa de enjundia se va a proponer[92]. Quizá la principal reforma legal sería la destinada a hacer coincidir la letra de la ley y la realidad de la labor supervisora de la Administración por parte del Defensor del Pueblo. La LODP, siguiendo a rajatabla el mandato del artículo 54 CE, solo otorga al Defensor del Pueblo facultades de supervisión de la Administración en defensa de los derechos fundamentales del título I CE. Así lo establece inequívocamente el artículo 1 LODP. Y aunque el artículo 9.1 de esa misma norma legal se refiere al artículo 103.1 CE, que recoge, entre otros muchos, el principio de legalidad de la actuación de la Administración, lo cierto es que lo hace aparentemente no con carácter general, sino en relación con los derechos fundamentales del título I CE, aunque la interpretación de esta norma legal no sea pacífica dentro de la doctrina[93].

[91] AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992.

[92] Véase L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del …», op. cit., pp. 105 ss.

[93] Entre los autores que rechazan que el Defensor del Pueblo pueda llevar a cabo un control de mera legalidad ordinaria de la actividad administrativa, L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del …», op. cit., p. 109, y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del …*, op. cit., pp. 86-87 y 91 ss.

Frente a la letra de la ley, la realidad de la labor supervisora de la Administración por parte del Defensor del Pueblo es muy tozuda y se extiende al control de la legalidad ordinaria, sin que la ausencia de derechos fundamentales en muchos casos eche para atrás al Defensor del Pueblo. Así ha sido desde el inicio, figurando ya en el informe anual del año 1983 la justificación de la interpretación extensiva del mandado constitucional[94].

Más allá de la coincidencia entre la regulación legal y la práctica de la labor supervisora del Defensor del Pueblo, que es siempre algo loable y no encontraría reparo constitucional en el artículo 54 CE, y más allá del alineamiento, no solo material sino también formal, del Defensor del Pueblo español con el modelo más extendido de *Ombudsman* en el Derecho comparado, la reforma legal que aquí se propone eliminaría el riesgo de que alguna autoridad administrativa se negase a colaborar con el Defensor del Pueblo bajo el argumento de no haber derechos fundamentales por medio y encima poder tener razón con la letra de la ley en la mano, e incluso con la interpretación sistemática, habida cuenta la ubicación del artículo 54 CE, en el capítulo IV del título I CE, no por casualidad denominado "de las garantías de las libertades y derechos fundamentales". Las tensiones territoriales, especialmente en Cataluña, podrían propiciar en algún momento ese hipotético episodio de no colaboración con el Defensor del Pueblo[95].

Entre los partidarios de la competencia amplia del Defensor del Pueblo, ejercida *de facto* por los defensores desde 1983, por todos, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Defensor del Pueblo y Administración Pública», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría,* vol. III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2677.

[94] Literalmente: «Sin ánimo de agotar una definición, se ha considerado como queja toda pretensión formulada al Defensor del Pueblo por una persona individual o colectiva que, cumpliendo los mínimos requisitos de legitimación fijados por el artículo 15.1 de la Ley Orgánica, recaba su intervención para que se esclarezca un acto o una resolución de una Administración Pública, sus Agentes y Autoridades administrativas, así como, en los supuestos del artículo 28.3 de la Ley (actuaciones realizadas con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante), siempre que cualquiera de los hechos denunciados presuntamente vulneren el Título 1 de la Constitución *o se desvíen de lo previsto en el artículo 103.1 de la misma*, según preceptúa el artículo 9.º de la Ley Orgánica, reguladora de la institución del Defensor» (mías las cursivas) (p. 18 de la versión digital del Informe anual de 1983, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo).

Un comentario del Informe anual de 1983 puede verse en V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 47 ss. (vol. II). Asimismo, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo …», op. cit., pp. 15 ss.

[95] Téngase en cuenta que con motivo del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo frente a numerosos preceptos de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (Ley Orgánica 6/2006), tanto el Gobierno como el Parlamento de Cataluña alegaron la inadmisión parcial del recurso por afectar a numerosos contenidos puramente competenciales, ajenos a los derechos del título I CE, defendiendo ambos poderes catalanes una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de la legitimación del Defensor del Pueblo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, constreñida por el mandato constitucional del artículo 54 CE. Una interpretación restrictiva descartada con acierto por la STC 137/2010 (FF. JJ. 2 y 3).

Y si ese eventual ejemplo de una autoridad administrativa reticente cundiese en otras más y el Defensor del Pueblo se viese abocado a ceñir su actividad de control externo de la Administración al terreno de los derechos fundamentales del título I CE, el callejón sin salida estaría servido, y no solo por la incomprensión de la ciudadanía, que difícilmente podría entender este cambio de criterio solo apto para doctos en derecho, sino sobre todo porque el propio Defensor del Pueblo encontraría no pocas dificultades técnicas para deslindar con un mínimo de seguridad jurídica qué actividades y prácticas administrativas podrían ser supervisadas por entrar en juego derechos fundamentales y cuáles no. El extenso y complejo ámbito jurídico de la seguridad social, no necesariamente relacionado en su integridad con el derecho fundamental a la seguridad social, sería un magnífico ejemplo de esa dificultad técnica, tal y como se adelantaba al inicio de este estudio.

Eso por no hablar del enorme desgaste reputacional que para el Defensor del Pueblo supondría perder una batalla tan decisiva como la de la determinación del ámbito material de su tarea central de supervisión de la Administración. Un desgaste que una institución que vive exclusivamente de la persuasión y la *auctoritas* no se podría permitir en ningún caso.

Lo anterior no quita para que en la práctica el Defensor del Pueblo ponga especial énfasis en las investigaciones con derechos fundamentales por medio. Eso ya es así y continuaría siéndolo, con más motivo, en caso de reforma legal.

También podría aprovecharse una eventual reforma para introducir una más clara y ordenada regulación de las diferentes actuaciones del Defensor del Pueblo en su labor supervisora de la Administración Pública y de los empleados a su servicio. Algo en lo que prácticamente coincide toda la doctrina, y sin necesidad de que esa más clara y ordenada regulación cuestionase los principios rectores de las actuaciones de supervisión, en particular, los principios de sumariedad, informalidad, flexibilidad y dinamismo.

En esa línea, sería útil definir el contenido de las cuatro resoluciones formales del Defensor del Pueblo del artículo 30.1 LODP, a saber, advertencia, recordatorio de deberes legales, sugerencia y recomendación. Y dado que en la práctica inveterada del Defensor del Pueblo las sugerencias se ciñen al caso concreto y las recomendaciones

Ni que decir tiene que el Tribunal Constitucional no se pronunció, ni siquiera *obiter dicta*, sobre el ámbito objetivo de la tarea central del Defensor del Pueblo de supervisión de la Administración, comprensiva o no de la mera legalidad ordinaria de la actuación administrativa.

revisten alcance general, ese podría ser el sentido de la definición legal, acabando de una vez por todas con la especulación doctrinal que impera en este ámbito[96].

Por último, siempre en lo que atañe a la relación entre el Defensor del Pueblo y el Poder Ejecutivo del Estado, podría introducirse una vía de hecho para las actuaciones del Defensor del Pueblo ante posibles irregularidades administrativas de alcance general, cuando no se hubiera aceptado la recomendación del Defensor del Pueblo ni por la correspondiente autoridad administrativa objeto de supervisión ni por la secretaría de Estado competente, de la que dependiese esa autoridad administrativa, y antes de elevar esa misma recomendación al ministro o a la ministra del ramo, por lo que hace a la Administración General del Estado. Pudiendo, claro está, seguirse esta misma vía de hecho, convenientemente adaptada, frente a las Administraciones autonómicas y locales.

En lugar de reproducir por escrito ante el ministro o la ministra la misma recomendación previamente rechazada, sería conveniente procurar desbloquear la desavenencia mediante una reunión presencial al más alto nivel, desenvolviéndose la persuasión del Defensor del Pueblo en un ámbito quizá más propicio para el acuerdo que el del intercambio de escritos. En realidad, esta vía de hecho ya se ha utilizado en algunas ocasiones, aunque no en el campo de la seguridad social, al menos en los últimos años. Con la vía de hecho propuesta se trataría de extender y normalizar una práctica que solo ocasionalmente ha sido empleada. Debería ser, en cualquier caso, una práctica informal y flexible, de ahí la innecesaridad de la regulación legal, acaso contraproducente.

2. El Defensor del Pueblo y el Poder Legislativo

En cuanto a la relación entre el Defensor del Pueblo y el Poder Legislativo del Estado, conviene empezar diciendo que es la que más estudios doctrinales ha merecido a cargo de muy prestigiosos constitucionalistas y administrativistas, seguramente por corresponder a las Cortes Generales el nombramiento del Defensor del Pueblo, por ser las Cortes Generales las destinatarias de la rendición de cuentas del Defensor del Pueblo, y por actuar bajo su cobijo, aunque con plenas autonomía e independencia.

La abundancia de estudios sobre esta relación[97], muchos de los cuales incorporan numerosas y muy razonadas propuesta de *lege ferenda*, justifica que se pase aquí de puntillas y solo se introduzcan dos propuestas de política del Derecho.

---

[96] Un ejemplo de esa especulación teórica puede apreciarse en la propuesta clasificatoria y definitoria de L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del …», op. cit., pp. 126 ss., muy alejada de la praxis cotidiana del Defensor del Pueblo y de su entendimiento del alcance de las resoluciones del artículo 30.1 LODP. Asimismo, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del …*, op. cit., pp. 186 ss.

La primera y más novedosa, los requisitos de elegibilidad del Defensor del Pueblo y la duración del mandato. Empezando por esto último, cinco años y el cese automático por el cumplimiento del referido periodo, sin posibilidad de ejercicio del cargo en funciones, tal y como establecen expresamente los artículos 2.1 y 5.4 LODP[98], parece un arco temporal que, sin ser breve, podría dificultar el ejercicio de tan importante magistratura con la plena independencia que quiere la ley (art. 6.1 LODP), sin tener el Defensor del Pueblo que andar pendiente del juego político necesario para poder optar a la reelección[99]. Piénsese en el mandato de nueve años de los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159.3 CE). Y también de esa misma duración es el mandato de los consejeros de cuentas[100] y del *Síndic de Greuges* de Cataluña[101]. Ese mismo periodo de nueve años podría ser el mandato del Defensor del Pueblo.

En cuanto a los requisitos de elegibilidad, sobriamente recogidos en el artículo 3 LODP[102], convendría añadir la condición de jurista de reconocido prestigio, en la línea de lo que se exige para los *ombudsmen* nórdicos[103]. Aunque la actividad del Defensor del

---

[97] Por todos, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las cámaras)», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, pp. 5 ss.

[98] Para Peces-Barba el cese automático, sin posibilidad de ejercicio del cargo en funciones, estaba ligado en la mente del legislador a la no renovación del cargo, en todo caso no explicitada legalmente. Información suministrada por el propio Peces-Barba en uno de los coloquios del seminario académico, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid en enero de 1992, cuyo resultado es el siguiente libro: AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992.

[99] El principio núm. 10 de los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019), dice así: «El mandato del Defensor del Pueblo será más largo que el mandato de la institución que le haya nombrado. La duración del mandato se limitará preferentemente a uno solo, sin posibilidad de reelección; en cualquier caso, el mandato del Defensor del Pueblo sólo podrá renovarse una vez. El mandato único preferiblemente no se establecerá por debajo de los siete años».

[100] Artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas.

[101] Artículo 10 de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2009, de 23 de diciembre, del *Síndic de Greuges*.

De siete años es el mandato del *Síndic de Greuges* de la Comunidad Valenciana, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 2/2021, de 26 de marzo, del *Síndic de Greuges* de la Comunitat Valenciana.

[102] Dice así: «Podrá ser elegido Defensor del Pueblo cualquier español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos».

[103] V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 155 ss. (vol. I).

El principio núm. 8 de los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019), no exige de manera expresa una formación jurídica, aunque sí "conocimientos profesionales y experiencia apropiados, incluyendo el ámbito de los derechos humanos y las libertades fundamentales".

Pueblo tenga un marcado carácter político[104], el grueso de las actuaciones de supervisión de la Administración Pública se mueve en un terreno predominantemente jurídico y resulta llamativo que la persona que encarne al Defensor del Pueblo sea lego en derecho[105]. Probablemente el legislador orgánico tuviera en mente esta exigencia, pese a haber desaparecido durante la tramitación parlamentaria[106], confiando en que *de facto* las Cortes Generales solo designasen a juristas de reconocido prestigio y así sucedió de hecho con los tres primeros defensores y sus adjuntos, pero posteriormente las cosas han sido de otra manera (defensores y adjuntos primeros) y convendría evitar que se repitiera en el futuro. Por lo demás, el vigente sistema de elección parlamentaria del Defensor del Pueblo, sin convocatoria pública alguna, no parece acorde con los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019)[107].

Incluso cabría pensar en un especial reforzamiento de las condiciones de elegibilidad del Defensor del Pueblo, exigiendo, por ejemplo, la condición de exmagistrado del Tribunal Constitucional, de manera que quedasen garantizados de antemano los perfiles político y jurídico, más la familiaridad con la garantía de la entera Constitución, y muy en particular de los derechos fundamentales. Por supuesto, la eventual falta de apoyos parlamentarios para la designación de entre este tipo de candidatos potenciales preferentes (hay ya un número muy significativo) abriría las puertas al requisito de la elegibilidad general antes propuesto, la condición de jurista de reconocido prestigio.

La segunda propuesta de *lege ferenda*, nada novedosa[108], consistiría en la previsión normativa expresa de comparecencia a petición propia del Defensor del Pueblo en las comisiones parlamentarias sectoriales, con competencias sobre las diferentes áreas de

---

[104] Así, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo …», op. cit., p. 45.

El mismo autor (p. 51) aboga por que el Defensor del Pueblo tenga una sólida formación jurídica, pero sin proponer la necesaria condición formal de jurista entre los requisitos de elegibilidad del Defensor del Pueblo. Sí la consideran imprescindible, por ejemplo, V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del* …, op. cit., p. 153 (vol. I), y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., 64 ss.

[105] Subraya el carácter eminentemente jurídico de la labor del Defensor del Pueblo, A. ROVIRA VIÑAS, «Introducción», en op. cit., p. 33.

[106] Muy reveladora, en este sentido, es la opinión del autor intelectual de la proposición de ley orgánica, por encargo del grupo parlamentario socialista, A. GIL-ROBLES GIL-DELGADO, *El Defensor del Pueblo: Comentario en torno a una proposición de Ley Orgánica,* Civitas, Madrid, 1979, p. 82.

[107] Dice así el principio núm. 7: «El procedimiento de selección de los candidatos incluirá una convocatoria pública y será público, transparente, basado en el mérito, objetivo y previsto por la ley».

[108] En este sentido, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo …», op. cit., pp. 58 ss.

la actividad administrativa objeto de supervisión por parte del Defensor del Pueblo[109]. Es de sobra sabido que las comparecencias del Defensor del Pueblo ante la Comisión Mixta Congreso-Senado y ante los Plenos del Congreso y del Senado, con ocasión de la rendición de cuentas vía presentación del informe anual ordinario (arts. 32 y 33 LODP), no son más que un rito o trámite de corte político, sin verdadero recorrido posterior ni en el seno de las Cortes Generales ni en el de la propia institución del Defensor del Pueblo[110].

La propuesta que aquí se formula, descendiendo al ámbito de la seguridad social, consistiría en la comparecencia del Defensor del Pueblo a petición propia ante la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados[111], y la homónima del Senado. Comparecencia extraordinariamente selectiva, solo para los asuntos de mayor relevancia y tras haber agotado sin éxito todas las posibilidades para la persuasión de las correspondientes autoridades administrativas y gubernamentales. Comparecencia temática y ante un auditorio de parlamentarios supuestamente especializados en asuntos laborales y de seguridad social, con la finalidad de aportar toda la información necesaria para la eventual intervención parlamentaria posterior en la problemática denunciada por el Defensor del Pueblo a través de los diferentes medios posibles, desde las preguntas y las interpelaciones a miembros del Gobierno hasta la presentación de proposiciones de ley por los grupos parlamentarios, pasando por la presentación por los grupos parlamentarios de proposiciones no de ley, etc.

Si se pudiera explorar esa vía parlamentaria especializada y para asuntos concretos y de la mayor relevancia, discrecionalmente seleccionados por el Defensor del Pueblo, no faltarían temas de seguridad social sobre los que comparecer. Por poner solo el ejemplo de una temática muy importante, en la que en los últimos años se vienen sucediendo diferentes recomendaciones al más alto nivel (ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones) sin éxito, el régimen del aplazamiento/fraccionamiento de las deudas con la seguridad social, muy restrictivo y de carácter discrecional[112], cuya comparación con el

[109] Una propuesta similar puede verse en F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo …», op. cit., pp. 61-62.

[110] En este sentido, entre otros muchos, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo …», op. cit., p. 59, y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 190 ss.

[111] Aunque se trate de una comisión permanente no legislativa del Congreso de los Diputados, también tendría plenamente sentido la comparecencia ante la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo.

[112] Artículo 31.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el reglamento general de recaudación de la Seguridad Social.

J. R. MERCADER UGUINA y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social: el RD 1415/2004, de 11 de

régimen del aplazamiento/fraccionamiento de deudas tributarias y similares, de carácter objetivo y cuasiautomático, resulta particularmente odiosa[113].

3. El Defensor del Pueblo y el Poder Judicial

La última de las relaciones sobre las que proyectar las propuestas de *lege ferenda* y las vías de hecho es la relación entre el Defensor del Pueblo y el Poder Judicial, aquella en las que las discrepancias doctrinales son más acusadas, en especial cuando de la supervisión de la Administración de Justicia se trata[114]. En realidad, no interesa aquí tanto la relación entre el Defensor del Pueblo y los jueces y tribunales que encarnan el Poder Judicial como la relación entre el Defensor del Pueblo y las normas procesales (y preprocesales) que disciplinan la tutela judicial frente a las actuaciones, omisiones y vías materiales de hecho de la Administración.

Vaya por delante la indiscutible primacía de los jueces y tribunales a la hora de controlar la legalidad constitucional y ordinaria de la actuación administrativa *lato sensu*. Máxime en un sistema jurídico como el español en el que el control judicial de la Administración no solo es extraordinariamente amplio, sino que además discurre ante jurisdicciones especializadas, la contencioso-administrativa con carácter general y la social por lo que a buena parte del régimen jurídico de la seguridad social se refiere. Jurisdicciones especializadas inexistentes en algunos de los países nórdicos y anglosajones donde los *ombudsmen* están más arraigados.

En el control de la legalidad constitucional y ordinaria de la actuación administrativa en sentido amplio los jueces y tribunales y el Defensor del Pueblo se mueven en planos distintos, sin que, en consecuencia, las propuestas de *lege ferenda* y las vías de hecho que se introduzcan a continuación supongan menoscabo alguno de la tutela judicial efectiva; al contrario. Téngase siempre muy presente que una parte muy importante de las personas que presentan quejas ante el Defensor del Pueblo son muy vulnerables y

---

junio», en *Relaciones Laborales*, 2004-II, pp. 1131 ss., y J.A. PANIZO ROBLES, «La gestión recaudatoria de la Seguridad Social (Comentarios sobre el nuevo reglamento general de recaudación de la Seguridad Social), en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2004, núm. 256, pp. 3 ss.

[113] Además de las informaciones que sobre esta problemática figuran en los Informes anuales de 2020 y 2021, véase la recomendación del Defensor del Pueblo al hilo de la queja número 21010288, rechazada en el año 2022 por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. Seguramente en el Informe anual de 2022 aparecerá de nuevo información sobre esta cuestión. En la página web oficial del Defensor del Pueblo puede encontrarse la citada recomendación.

[114] L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor …», op. cit., pp. 159 ss., y C. GRANADOS PÉREZ, «Defensor del Pueblo y Administración de Justicia (La supervisión de la Administración de Justicia)», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, pp. 219 ss.

desfavorecidas desde distintos puntos de vista, no solo el económico, sin que por la mente de muchas personas pase acudir a la justicia, confiando, en cambio, en el Defensor del Pueblo.

La primera propuesta de *lege ferenda* afectaría al artículo 27.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo (ROFDP, en adelante)[115], que dice así: «La presentación de una queja ante el Defensor del Pueblo, así como su posterior admisión, si procediere, no suspenderá en ningún caso los plazos previstos en las Leyes para recurrir; tanto en vía administrativa como jurisdiccional, ni la ejecución de la resolución o acto afectado».

Sería conveniente, por lo pronto, mantener la no suspensión de los plazos administrativos prevista en el artículo 27.2 ROFDP[116]. Fomentando de esta manera la interposición de recursos administrativos por parte de los quejosos que no lo hubiesen hecho con anterioridad a la presentación de la queja ante el Defensor del Pueblo, pudiendo precisamente la actuación del Defensor del Pueblo focalizarse en la búsqueda de la estimación total o parcial del correspondiente recurso administrativo, obviamente de tener razón el interesado a juicio subjetivo del Defensor del Pueblo. En el campo de la seguridad social así sucede muchas veces y podrían traerse a colación multitud de ejemplos[117].

Téngase en cuenta que en el peculiar campo de la seguridad social la reclamación administrativa previa, que es el recurso administrativo propio del ámbito prestacional, siempre puede presentarse fuera de plazo, tal y como reconoce el artículo 71.4 LRJS, si bien solo para los beneficiarios y solicitantes de prestaciones de seguridad social y no para los demás interesados en los procedimientos administrativos prestacionales, según la consolidada jurisprudencia sobre el particular[118]. Ahora bien, esa peculiaridad no rige

---

[115] ROFDP aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado, a propuesta del Defensor del Pueblo, en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983, con varias modificaciones posteriores, la última el 1 de marzo de 2012.

[116] En sentido contrario, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., p. 133.

[117] El caso de la denegación del subsidio extraordinario por cese de actividad para empleadas del hogar del Real Decreto-ley 11/2020, las más de las veces por errores formales, carencias e inexactitudes en las solicitudes y en las declaraciones responsables de los empleadores, centrándose las actuaciones del Defensor del Pueblo en el reconocimiento por parte del SEPE del derecho al subsidio de cada empleada del hogar quejosa, una vez subsanados los correspondientes errores, carencias e inexactitudes a través de la reclamación administrativa previa o de la reiteración de la reclamación administrativa previa siguiendo las instrucciones del Defensor del Pueblo. Actuaciones concluidas casi siempre con éxito, de las que se da cuenta en el Informe anual de 2021, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

Véase C. SANZ SÁEZ, «Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas de hogar en la crisis del COVID-19», en *Trabajo y Derecho,* núm. 67-68, 2020.

[118] Jurisprudencia iniciada por la STS, 7-10-1974, con muchas otras posteriores en el mismo sentido. Así, por ejemplo, la STS, 4ª, 15-10-2003, rcud 2919/2002. Para la limitación de la

fuera del ámbito prestacional, cuando de la presentación del recurso de alzada se trata y la firmeza administrativa despliega toda su virtualidad. Bien es cierto que la firmeza administrativa nunca es un obstáculo para la intervención del Defensor del Pueblo cuando considere que el quejoso tenga razón y procure hacerla valer en su beneficio de la mano, entre otros remedios posibles, de la revocación del artículo 109.1 de la Ley 39/2015, lógicamente de no haber prescripción por medio.

En cambio, convendría suspender los plazos procesales para recurrir ante las jurisdicciones contencioso-administrativa y social, con la consiguiente modificación en este punto del artículo 27.2 ROFDP[119]. Suspensión desde la fecha de entrada de la queja en el registro del Defensor del Pueblo y hasta la fecha de la notificación (telemática o postal) del escrito del Defensor del Pueblo de no admisión a trámite de la queja o de cierre de la queja tras la oportuna investigación ante la correspondiente Administración sin éxito o con éxito solo parcial. De esta manera, los ciudadanos no tendrían que plantearse la alternativa entre acudir al Defensor del Pueblo o hacerlo a la justicia competente, pudiendo ir primero al Defensor del Pueblo y después, en su caso, a la justicia, sin temor a la prescripción de la acción por el transcurso del plazo procesal que sea[120].

Muy probablemente una medida legislativa así incrementaría la carga de trabajo del Defensor del Pueblo, sin que necesariamente eso supusiera una disminución considerable de la litigiosidad en vía judicial. Precisamente por ello esta propuesta de política del Derecho solo tendría sentido en caso de previo y claro compromiso político de incrementar el presupuesto del Defensor del Pueblo.

Otra propuesta de *lege ferenda*, estrechamente relacionada con la anterior, consistiría en la modificación del artículo 17.2 LODP, de modo que la judicialización del asunto individual objeto de la queja no tuviese necesariamente que conllevar la no admisión a trámite, o bien la suspensión (cierre, en realidad, las más de las veces) de las

---

jurisprudencia a los solicitantes y beneficiarios de prestaciones de seguridad social, con exclusión de otro tipo de interesados como por ejemplo las mutuas colaboradoras con la seguridad social, por todas, la STS, 4ª, 15-6-2015, rcud 2648/2014.

[119] En el mismo sentido, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., p. 133.

Posible suspensión de los plazos procesales contemplada en el principio número 19 de los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

[120] En la jurisdicción contencioso-administrativa el plazo general del artículo 46.1 LRJCA es de dos meses, aunque existen plazos distintos para los supuestos de actos presuntos, de la vía de hecho, del recurso de lesividad, de los litigios entre Administraciones, de la protección de derechos fundamentales, de las reclamaciones de prestaciones del artículo 29 LRJCA, etc.

Y en la jurisdicción social, el plazo de 30 días (20 días para la impugnación de altas de procesos de incapacidad temporal) del artículo 71.6 LRJS.

investigaciones ya iniciadas[121]. Puesto que la satisfacción extraprocesal de la pretensión supondría la conclusión del correspondiente pleito[122], el Defensor del Pueblo podría intentar con su investigación la búsqueda de esa satisfacción extraprocesal.

Habría, eso sí, de limitarse este tipo de actuaciones del Defensor del Pueblo en asuntos individuales ya judicializados a los casos muy claros de irregularidad administrativa a juicio del Defensor. Aquellos con una alta probabilidad de terminar persuadiendo a la correspondiente Administración investigada, y además mucho antes de la fecha prevista para el enjuiciamiento, no condenando al administrado a una larga espera en sede judicial. En cambio, en los casos con razonables dudas jurídicas el Defensor del Pueblo debería abstenerse de intervenir, dejando la solución de la controversia individual a la justicia contencioso-administrativa o social, sin perjuicio del ruego al interesado para mantener informado al Defensor del Pueblo sobre el resultado judicial definitivo, pudiendo utilizarse esa valiosa información, convenientemente anonimizada, en la investigación de otras quejas similares, judicializadas o no.

De hecho, no faltan ejemplos en el campo de la seguridad social de quejas en las que no se informa por el interesado de la judicialización en curso, y sin que la Administración institucional de la seguridad social investigada informe tampoco en un primer momento de esa judicialización, de manera que cuando el Defensor del Pueblo acaba persuadiendo a la Administración de la irregularidad cometida, la solución del problema objeto de la queja se acaba trasladando al órgano judicial competente para poner fin al proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión[123].

La legitimación procesal del Defensor del Pueblo ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ante la jurisdicción social, fundamentalmente en el ámbito de la seguridad social en este último caso, asumiendo la condición de parte procesal en

---

[121] Contraria a esta propuesta es la tesis de L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del …», op. cit., pp. 119-120.

[122] Contempla la satisfacción extraprocesal como medio de terminación del proceso contencioso-administrativo el artículo 76 LRJCA. Y otro tanto sucede con el artículo 22 LEC, aplicablemente supletoriamente en el ámbito de la jurisdicción social.

[123] Lamentablemente no pueden ofrecerse datos concretos de los ejemplos porque los mismos no se traducen en resoluciones formales del Defensor del Pueblo (sugerencias y recomendaciones) ni suelen figurar en los informes anuales, aunque no faltan ejemplos en el campo de la seguridad Social de asuntos judicializados en los que el Defensor del Pueblo consigue de la correspondiente Administración la satisfacción extraprocesal de la pretensión del interesado quejoso. De hecho, en el Informe anual de 2019, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, puede encontrarse un ejemplo, el de la queja 19014130, en el que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social acaba asumiendo el criterio del Defensor del Pueblo frente al de la mutua colaboradora MC Mutual, con la consiguiente fijación de la tesis de la competencia de las entidades gestoras (INSS e ISM) frente a las mutuas colaboradoras en la determinación de la contingencia (profesional o común) de cualesquiera prestaciones de seguridad social, no solo de la incapacidad temporal, de conformidad con el artículo 82.2 LGSS. Mutua colaboradora demandada ante la jurisdicción social por la persona quejosa, con satisfacción extraprocesal de la pretensión gracias a la actuación del Defensor del Pueblo.

defensa del derecho o del interés legítimo del ciudadano quejoso, con su consentimiento, es objeto de una interesante disputa doctrinal[124]. Aunque ningún obstáculo constitucional habría para esa legitimación procesal (activa y, en su caso, pasiva), y aunque pudiera resultar lógica y coherente en términos teóricos, en la línea de lo que sucede con los *ombudsmen* nórdicos[125], no se defiende aquí una propuesta de *lege ferenda* en ese sentido. Fundamentalmente, por dos razones barajadas por la doctrina que ha estudiado esa posible legitimación procesal[126].

La primera, la enorme sobrecarga de trabajo que supondría para el Defensor del Pueblo. La segunda, y más importante, el riesgo de debilitamiento del poder de persuasión característico de esta institución constitucional, pudiendo muchas Administraciones caer en la tentación de poner punto y final a las investigaciones del Defensor del Pueblo con el pretexto de su legitimación procesal, dejando en manos de los jueces y tribunales competentes la solución de los problemas individuales objeto de muchas quejas.

Empero, sería quizá oportuno que la legitimación procesal en cuestión la ostentara el Ministerio Fiscal, desarrollando así el artículo 124.1 CE en los ámbitos jurisdiccionales contencioso-administrativo y social. Eso permitiría al Defensor del Pueblo interesar del Ministerio Fiscal el ejercicio de la correspondiente acción judicial, con el consentimiento del interesado quejoso, debiendo eso sí el Defensor del Pueblo hacer un uso muy restrictivo de esa iniciativa, correspondiendo libremente al Ministerio Fiscal su asunción o no. La persuasión típica del Defensor del Pueblo habría de ejercerse en estos casos ante el Ministerio Fiscal en lugar de ante la Administración Pública.

Tendría que reservarse para los supuestos de litigación estratégica, ante posibles irregularidades administrativas de alcance general, con un elevado número real o potencial de afectados, y sin haber logrado previamente el Defensor del Pueblo persuadir a las autoridades administrativas y gubernamentales de la necesidad de poner remedio a las posibles irregularidades. Y, lo que es más importante, sin jurisprudencia ni doctrina judicial por medio debido a la falta de acciones judiciales entabladas por los

---

[124] Fundamental, a este respecto, resulta la obra de L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor …», op. cit., pp. 163 ss.

[125] Sobre el particular, L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor …», op. cit., pp. 174 ss.

Apuesta por la legitimación procesal del Defensor del Pueblo el principio núm. 19 de los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

[126] L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor …», op. cit., pp. 168-169.

propios interesados perjudicados. Litigación estratégica aprovechando alguna queja nueva con la misma problemática de otras muchas quejas anteriores.

Situación de falta de jurisprudencia e incluso de doctrina judicial que, por difícil que pueda parecer, se da en el ámbito de la seguridad social no pocas veces, en especial cuando la materia controvertida es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, que como es bien sabido no es una jurisdicción tan accesible como la jurisdicción social. Por poner solo un ejemplo muy relevante y con infinidad de quejas de los ciudadanos todos los años, el embargo por parte de la TGSS de la cuenta bancaria en la que se ingresa de una sola vez los atrasos de varias mensualidades de pensiones y prestaciones de seguridad social u otras ayudas sociales inembargables (total o parcialmente) por ley. Conforme a la inaceptable interpretación que la TGSS viene haciendo del artículo 171.3 de la Ley 58/2003, General Tributaria, sin respaldo jurisprudencial[127], el pago de los atrasos se considera un único pago y a la totalidad de la cantidad abonada, pese a responder inequívocamente a varias mensualidades (devengo mensual no cuestionado por el reconocimiento administrativo o judicial con efectos retroactivos), se le aplica sin más la escala de inembargabilidad del artículo 607.2 LEC. Las recomendaciones reiteradas en los últimos años y dirigidas a poner fin a esta ilegal práctica administrativa han sido sistemáticamente rechazadas, incluso por el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones[128]. De ahí la pertinencia de una litigación estratégica auspiciada por el Defensor del Pueblo ante la generalizada pasividad de los deudores embargados en sede judicial.

A la espera de la legitimación procesal del Ministerio Fiscal, alto improbable a corto y medio plazo, habría que tirar de imaginación y pensar en una vía de hecho, una más de las muchas vías de hecho a las que viene recurriendo el Defensor del Pueblo en sus cuarenta años de andadura. La litigación estratégica apenas aludida, y en relación con el

[127] La TGSS invoca recurrentemente el ATS, 3ª, 26-9-2019, rec. 889/2019, que se pronuncia sobre el alcance del artículo 171.3 LGT en relación con el artículo 607.1 LEC. Ahora bien, al margen de tratarse de un auto de inadmisión a trámite de un recurso de casación, que no entra en el fondo del asunto litigioso, no puede perderse de vista que el supuesto de hecho controvertido tiene que ver con la proyección del artículo 171.3 LGT hacia el futuro, con la distinción entre el salario, pensión o prestación social inembargable en el mes de su abono en una cuenta bancaria y su eventual conversión futura en un ahorro susceptible de embargo. Nada hay en la resolución judicial de Tribunal Supremo ni de forma expresa ni de forma implícita que permita avalar la aplicación hacia el pasado (atrasos de sueldos, pensiones y prestaciones inembargables) del artículo 171.3 LGT.

Véase, Mª. J. ACHÓN BRUÑÉN, «La problemática del embargo de sueldos y pensiones», en *Diario La Ley,* 2012, núm. 7918, versión digital, y M. SANTOLAYA BLAY, *El embargo de sueldos, salarios y pensiones,* Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

[128] En los Informes anules de 2019, 2020 y 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, hay abundancia de noticias sobre esta problemática, incluida la última recomendación, al hilo de la queja 19014612, rechazada por el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

mismo ejemplo puesto, podría encomendarse a algunos de los quejosos, informándoles sobre su derecho a la justicia gratuita, que en el ejemplo anterior les correspondería con seguridad[129], y, lo que es más importante, aportándoles a los abogados de oficio, a través de los quejosos, la fundamentación jurídica a emplear en sede judicial.

Además de la eventual solución de los problemas concretos de quienes decidieran emprender acciones judiciales con el auxilio externo e informal del Defensor del Pueblo, la información suministrada por esos quejosos, en caso de éxito judicial claro está, seguramente permitiría al Defensor del Pueblo emprender una nueva investigación de oficio o a instancia de parte con nuevas bazas para volver a la carga con el arma de la persuasión, las bazas de los éxitos judiciales de algunos quejosos estratégicamente elegidos por el propio Defensor del Pueblo, con su consentimiento por supuesto.

En caso de fracaso judicial en la litigación estratégica, tras agotar los pertinentes recursos, de nuevo con el auxilio exterior e informal del Defensor del Pueblo, podría acabar interponiendo este el recurso de amparo, tal y como prevé el artículo 162.1.b) CE. Pasaría así el Defensor del Pueblo de prestar auxilio al quejoso litigante a interponer él mismo el recurso de amparo, con o sin consentimiento del quejoso, lógicamente de haber derechos fundamentales *stricto sensu* (sección primera del capítulo II del título I , más el art. 14 CE) por medio. Téngase en cuenta que en el ejemplo puesto habría un derecho fundamental en liza, el de igualdad de trato o igualdad genérica o formal del artículo 14 CE.

4. La necesidad de cambios internos en la institución del Defensor del Pueblo

Cambiando de tercio, la propia institución del Defensor del Pueblo, en sí misma considerada, tendría también que experimentar algunos cambios *de iure* y *de facto*. Se alude a continuación solo a dos de los cambios posibles, aunque evidentemente cabría formular muchos más.

El primer cambio es el relativo a la plantilla de personal al servicio del Defensor del Pueblo[130], cuya dimensión, sin ser desmesurada, seguramente haya superado con creces el modelo reducido de plantilla implícito en la *mens legis*, y quizá también en la *mens legislatoris.* En este sentido, el artículo 34.1 LODP solo se refiere a los asesores y

[129] Dice así el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita: «En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales. Asimismo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social para los litigios que sobre esta materia se sustancien ante el orden contencioso-administrativo».

[130] Sobre la plantilla del Defensor del Pueblo, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del* …, op. cit., pp. 205 SS., y J. Mª. ALONSO SECO, «Artículos 34, 35 y 36», en A. Rovira Viñas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo,* Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 855 ss.

no al resto de empleados de la oficina o *staff* del Defensor del Pueblo. Y para todos los asesores se predica la libre designación y el cese automático en el momento de la toma de posesión del nuevo titular de la institución constitucional (art. 36 LODP). Algo solo imaginable para un modelo de oficina del Defensor del Pueblo de tamaño reducido, el pensado por el legislador orgánico e implantado inicialmente[131], aunque superado con mucho por la realidad con el paso del tiempo.

En la medida en la que *de facto* la llegada de un nuevo titular de la institución no supone el cese real de la plantilla, ni siquiera de los asesores, constituyendo dicha plantilla una verdadera organización burocrática, integrada por empleados públicos estables, con vocación de permanencia hasta la jubilación en la mayoría de los casos, no pueden continuar eludiéndose los principios constitucionales de mérito y capacidad del artículo 103.1 CE[132].

Carece de sentido que la totalidad del personal al servicio del Defensor del Pueblo, incluidos los múltiples empleos instrumentales (administrativos, informáticos, técnicos de mantenimiento, ordenanzas, etc.), resulte designado libremente, al menos con carácter general[133]. Como carece de sentido que suceda otro tanto, de nuevo con carácter general[134], con los asesores ordinarios, por mucho que lo haya avalado el Tribunal Supremo[135]. Asesores ordinarios que no tienen con el titular de la institución en cada momento una genuina relación de confianza, la propia de los asesores de verdad, siendo realmente empleados públicos con sobresaliente estabilidad, al estilo de los funcionarios

[131] Muy interesantes los datos que sobre la plantilla de asesores del Defensor del Pueblo figuran en el Informe anual a las Cortes Generales de 1983: un total de 27 asesores entre responsables de área y asesores ordinarios, reserva del cargo de responsable de área para funcionarios de cuerpos superiores de las Administraciones y dedicación temporal, con especial énfasis en garantizar el regreso al cuerpo funcionarial de origen sin ningún perjuicio. Nada que ver con la situación en el año 2022.

[132] El principio núm. 22 de los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019), otorga al Defensor del Pueblo la capacidad para seleccionar a su personal, pero nada dice sobre la designación del personal o no.

[133] A modo de excepción, en el siguiente link puede verse una convocatoria reciente de personal administrativo con publicidad y respeto de los principios de mérito y capacidad:

https://www.defensordelpueblo.es/convocatoria/administrativos/

[134] También de manera excepcional algunas plazas de asesores del Defensor del Pueblo se han publicado en el BOE y se han concretado en procesos selectivos objetivos, con respeto de los principios de mérito y capacidad. El último ejemplo puede verse en el BOE de 24 de enero de 2019.

[135] STS, 3ª, 8-10-2019, rec. 473/2017, aunque en el caso concreto el Defensor del Pueblo incurriera en desviación de poder al haber autolimitado su facultad de libre designación para acudir a un procedimiento público y competitivo, posteriormente dejado de lado por el propio Defensor del Pueblo.

de carrera, pese a tener la condición formal de funcionarios eventuales[136], de no ser con anterioridad funcionarios de carrera, en cuyo caso quedarían en su cuerpo funcionarial de origen en la situación administrativa de servicios especiales[137]. En fin, una figura así, en su configuración material muy alejada de la formal, no debería poder eludir los principios constitucionales de mérito y capacidad del artículo 103.1 CE[138].

Cuestión distinta son los asesores que ciertamente integran el estrecho círculo de confianza del titular de la institución en cada momento, y de sus dos adjuntos, esto es, el secretario general, los jefes de los diferentes gabinetes, los jefes de área y otros cargos similares. Solo en este muy reducido círculo tienen plenamente sentido preceptos como el 34.1 LODP (libre designación) y el 36 LODP (cese automático con la toma de posesión de un nuevo titular de la institución).

La propuesta que aquí se formula perseguiría la captación de los asesores ordinarios con el mayor perfil profesional posible, acorde con una alta retribución, similar al perfil de los letrados del Tribunal Constitucional. Y al igual que sucede con estos, en lugar de la creación de un cuerpo de funcionarios de carrera *ad hoc*, que por supuesto satisfaría plenamente el imperativo constitucional del 103.1 CE, sería preferible recurrir al sistema de cooptación temporal entre juristas de reconocido prestigio, mayoritariamente funcionarios de carrera de cuerpos jurídicos de alto nivel (docentes universitarios de disciplinas jurídicas incluidos). Sistema de cooptación con suficiente publicidad para conocimiento de los potenciales candidatos (en el BOE, por ejemplo). La designación seguiría siendo libre, como admite el Tribunal Supremo[139], pero quedarían garantizados de antemano tanto la suficiente publicidad de las vacantes como el muy alto perfil profesional de los candidatos entre los que elegir a los asesores ordinarios.

Puesto que la persuasión jurídica (y de otra índole) es la única arma del Defensor del Pueblo, y la persuasión de ejercicio es tributaria de la solidez y la elocuencia de los argumentos empleados en las diferentes actuaciones del Defensor del Pueblo, el mayor perfil profesional de los asesores ordinarios parecería una exigencia tan obvia como

---

[136] Artículo 31.4 ROFDP.

[137] Artículos 35.2 LODP y 31.2 ROFDP.

[138] Dice así el artículo 31.3 ROFDP: «La selección del personal al servicio del Defensor del Pueblo se realizará por éste libremente, con arreglo a los principios de mérito y capacidad. En estos nombramientos se procurará dar prioridad a funcionarios públicos». La referencia a los principios de mérito y capacidad tiene un carácter retórico, pues los términos “libre designación” y “principios de mérito y capacidad” son por definición incompatibles. En consecuencia, no contempla de verdad la normativa reguladora del Defensor del Pueblo la aplicación genuina de los principios de mérito y capacidad del artículo 103.1 CE. Constituye así el empleo público en el Defensor del Pueblo una excepción a la regla general del 103.1 CE, junto a la de la Casa del Rey (art. 65.2 CE), si bien esta última por imperativo constitucional, no así en el caso del Defensor del Pueblo.

[139] Véase la nota núm. 135.

ineludible, no cumplida en todos los casos mediante el actual sistema de libre y opaca designación.

El segundo cambio interno debería afectar a la divulgación de las actuaciones más relevantes del Defensor del Pueblo en los ámbitos jurídicos en los que menos ha logrado penetrar, seguramente por una insuficiente cultura de la divulgación más allá del terreno político y periodístico en el que habitualmente se desenvuelve, el del informe anual presentado ante las Cortes Generales y el de las noticias en la prensa generalista, casi siempre sobre asuntos elegidos por el propio Defensor del Pueblo, con llamativa ausencia de los de seguridad social[140].

Las actuaciones más relevantes del Defensor del Pueblo, con la excepción de los muy escasos recursos de inconstitucionalidad, generan diferentes materiales de contenido jurídico muy poco conocidos en los ámbitos académico y científico. Y lo mismo en los ámbitos forenses, el judicial y el del asesoramiento jurídico (abogacía, etc.). La falta de penetración en los anteriores ámbitos es indiscutible en el campo de la seguridad social, aunque el problema es generalizado y las contadas excepciones no hacen más que confirmar la regla general. En los departamentos universitarios, en los congresos y reuniones científicos, en las revistas académicas y profesionales, en todo lo que gira alrededor del pujante mundo de los jueces y los profesionales del asesoramiento jurídico, las noticias sobre las actuaciones más relevantes del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social brillan por su ausencia, tal y como se decía en la introducción de este estudio.

Correspondería a los asesores ordinarios, en este caso especializados en el campo de la seguridad social, participar e intervenir en esos ámbitos y foros para dar a conocer las actuaciones más relevantes del Defensor del Pueblo y los materiales jurídicos derivados de las mismas. Y todo ello no como un ejercicio personalista o vocacional, sino como producto de una cultura institucional divulgativa y de participación en todos aquellos lugares en los que se forja la cultura jurídica.

No debería nunca perderse de vista que la persuasión de la que depende el éxito del Defensor del Pueblo también ha de procurar proyectarse en ámbitos distintos al de la supervisión de la Administración Pública, aunque solo sea para acabar incidiendo más adelante y con más poder de convicción en ese mismo escenario de la supervisión, tras el fructífero y enriquecedor peregrinaje por la doctrina científica y profesional y, en el mejor de los casos, por la doctrina judicial.

[140] Se remite a la nota núm. 21.

VII. EL RIESGO DE MORIR DE ÉXITO

El denominador común de las propuestas (de *lege ferenda* y de nuevas vías de hecho) efectuadas en el apartado anterior, y de otras muchas a cargo de diferentes autores, es el fortalecimiento de la institución del Defensor del Pueblo y con él del Estado de derecho[141]. Fortalecimiento de las funciones del Defensor del Pueblo y consiguiente mayor carga de trabajo solo sostenibles mediante el incremento cuantitativo y cualitativo de los medios materiales y personales asignados a la institución[142]. Algo en lo que la propia institución constitucional no parece confiar, seguramente con razón.

De manera muy llamativa, dentro de la institución del Defensor del Pueblo se vive una permanente tensión entra la necesidad de recibir un número de quejas y peticiones de los ciudadanos relativamente alto y creciente año tras año, como si la continuidad de la institución no estuviera garantizada por la Constitución española, y el riesgo de morir de éxito, de experimentar una avalancha de quejas y peticiones que impidiera llevar a cabo de manera realista y tempestiva la labor central de supervisión de la Administración Pública. Esa tensión, unida a la escasa confianza en el incremento presupuestario acorde con una eventual avalancha de quejas y peticiones, seguramente explique que el Defensor del Pueblo nunca haya hecho uso de la singular iniciativa legislativa de la disposición transitoria única de la LODP, dejando inalterado el obsoleto marco legal y confiando por encima de todo en las vías de hecho, más fácilmente autocontrolables.

Mención especial merece la encomienda del Congreso de los Diputados al Defensor del Pueblo, de fecha 10 de marzo de 2022, para elaborar un informe sobre las denuncias por abusos sexuales en el ámbito de la Iglesia católica[143]. Es evidente que esta encomienda (todavía más si el resultado final fuese exitoso) podría producir un notable efecto llamada, una extraordinaria publicidad de la institución, que a buen seguro conllevará un incremento muy significativo del número de quejas y peticiones presentadas por los ciudadanos individual y colectivamente. El riesgo de morir de éxito elevado al cubo.

Quizá por esa tensión y por el riesgo de morir de éxito desde la propia institución del Defensor del Pueblo no se le esté dando la suficiente visibilidad a la útil labor

---

[141] Así lo establece el principio núm. 1 de los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

[142] La garantía por ley de la suficiencia de los recursos presupuestarios del Defensor del Pueblo integra el principio núm. 21 de los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

[143] Véase el siguiente *link*:

https://www.defensordelpueblo.es/noticias/encomienda-congreso/

desempeñada en el ámbito de la seguridad social. Un campo con un elevado potencial de crecimiento de las quejas y peticiones de la ciudadanía, sobre en tiempo de crisis económica o casi y más con una Administración de la seguridad social manifiestamente desbordada desde el inicio de la pandemia de la covid-19 en adelante. Falta de visibilidad que esta investigación heterodoxa pretendería modestamente paliar, a sabiendas de la necesidad de otras muchas iniciativas con esa misma finalidad, académicas y no académicas.

EL IMPACTO DE LA NUEVA ORDENACIÓN LEGAL DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN [*]

Por

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN / IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO
Profesora Titular (acreditada a catedrática) / Profesor Titular. Universidad de Oviedo.
Experto Nacional en la European Labour Law Network
Universidad de Oviedo

pazms@uniovi.es/rodriguezivan@uniovi.es

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: El mercado de trabajo en España presenta deficiencias estructurales que perjudican la competitividad de las empresas y generan incertidumbres sobre la evolución futura. Una de las principales es el desajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, por el exceso de cualificación en algunos ámbitos y la falta de profesionales cualificados en otros, situación que, de no atajarse, se agudizará en los próximos años ante el mayor desarrollo e implantación de la industria 4.0. La remodelación de la formación profesional por la LO 3/2022, de 31 de marzo, tiene como propósito atender a ese reto, unificando en un solo Sistema la formación profesional reglada y la formación profesional para el empleo y propiciando un cambio de paradigma que conceda el protagonismo a la persona y al aprendizaje a lo largo de toda la vida.

PALABRAS CLAVE: Formación profesional; contrato formativo; sistema educativo; empresario; trabajador.

SUMARIO: I. Introducción.- II. The road so far: los numerosos (y fallidos) intentos de potenciar la formación profesional.- III. La LO 3/2022, de 31 de marzo: una reforma ambiciosa que aspira a un cambio de paradigma.- IV. Conexiones entre el nuevo Sistema de Formación Profesional y el ordenamiento jurídico laboral.- V. En particular, la formación profesional durante la vigencia de la relación laboral.- VI. Elementos de incertidumbre: las numerosas llamadas al desarrollo reglamentario, los extensos períodos transitorios, la coordinación entre administraciones y la implicación de empresas y responsables de centros educativos.

THE IMPACT ON LABOUR LAW OF THE NEW REGULATORY FRAMEWORK ON VOCATIONAL TRAINING: A FIRST APPROACH

[*] Trabajo realizado en el marco de los Proyectos I+D+i coordinados, financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, que llevan por título "El influjo de la Unión Europea y del entorno internacional" (IPs Joaquín García Murcia y Nuria de Nieves Nieto, referencia PID2020-118499GB-C31), "El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales" (IPs María Antonia Castro Argüelles e Iván Antonio Rodríguez Cardo, referencia: PID2020-118499GB-C32) y "Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo" (IPs Paz Menéndez Sebastián e Ignacio González del Rey Rodríguez, referencia: PID2020-118499GB-C33).

ABSTRACT: The Spanish labour market has some structural flaws that are damaging the competitiveness of undertakings and generate uncertainties for the future. Among them, the mismatch between labour supply and labour demand stands out, due to the excess of overqualified workers in some areas and the lack of qualified professionals in others. If this problematic issue is not properly addressed, it will worsen in the coming years due to the development of Industry 4.0. The reform of vocational training by Organic Law 3/2022, of 31 March, unifies the various modalities of vocational training (inside and outside the education system) into a single system and promotes a paradigm shift that places people and lifelong learning at the centre.

KEYWORDS: Vocational training, training contracts, educational system, employer, worker.

SUMMARY: I. Introduction.- II. The road so far: the numerous (and unsuccessful) attempts to boost vocational training.- III. Organic Law 3/2022, of 31 March: an ambitious reform that aims to change the paradigm.- IV. Connections between the new Vocational Training System and Labour Law.- V. In particular, vocational training during the employment relationship.- VI. Elements of uncertainty: numerous calls for regulatory development, long transitional periods, coordination between administrations and the involvement of undertakings and heads of educational centres.

I. INTRODUCCIÓN

La legislación laboral ha sufrido notables alteraciones en el final de 2021 y comienzo de 2022. El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo , ha desempeñado el papel protagonista, y de algún modo ha eclipsado otras novedades que potencialmente contarán con gran impacto en el futuro. En particular, la modificación de las estructuras de la formación profesional, aun cuando en apariencia se encuentre alejada del núcleo duro de la legislación laboral, está llamada a complementar decisivamente la reforma laboral en alguno de sus aspectos principales, como por ejemplo los contratos formativos, y se convertirá en pieza esencial para el cumplimiento de los objetivos de las políticas de empleo y, en general, para el adecuado funcionamiento del mercado de trabajo.

Por supuesto, cabría aducir que la LO 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional , es una disposición que tiene un acomodo más natural en el ámbito de la legislación educativa -pese a que el nuevo Sistema de Formación Profesional integre en su seno la formación profesional para el empleo-, y que, en un sentido amplio, todas las etapas e instancias educativas, desde la educación primaria a la universitaria, han de procurar a los ciudadanos los conocimientos y las herramientas que en un futuro les permitan acometer con éxito las demandas de un puesto de trabajo. En una concepción tradicional, la formación, a cualquier nivel, se configura como un estadio previo, y no necesariamente conectado de manera directa, al ejercicio de una profesión retribuida.

Sin embargo, hace ya décadas que esa separación entre formación/educación y actividad profesional no se ajusta a la realidad de un contexto socioeconómico y

productivo sometido a cambios tan veloces e intensos que dan lugar a una rápida obsolescencia de los conocimientos teóricos. Por decirlo de otro modo, la persona que concluye una determinada etapa formativa ya no puede asumir ni pretender que los conocimientos adquiridos le permitirán prestar servicios en ese sector o ámbito durante toda la vida. El modo de ejecución de la actividad para la que se ha formado probablemente cambiará en un futuro cercano, o incluso es posible que la actividad en sí misma ya no tenga cabida en el mercado, por falta de rentabilidad, por lo que resulta imprescindible articular procesos formativos que faciliten la actualización, e incluso la recualificación, permanente.

No es, desde luego, una necesidad desconocida, ni descubierta recientemente, y hace años que, con gran impulso de la UE, se vienen acometiendo reformas en esa dirección. En primer término, la legislación educativa ha modificado sus esquemas tradicionales para ofrecer un aprendizaje más basado en competencias (también en el ámbito universitario) que acerque la formación ofrecida en el sistema educativo a las necesidades de las empresas. En segundo lugar, se han tendido numerosos puentes entre las instituciones educativas y las empresas para favorecer la formación dual o en alternancia, de modo que el estudiante pueda desarrollar parte del ciclo formativo en un entorno real. Y, en tercer lugar, se han incrementado notablemente las fórmulas para que quienes ya se han incorporado al mercado laboral puedan recibir formación, no sólo cuando han perdido un trabajo, sino también mientras están ocupados, precisamente para propiciar la adaptación a cambios sobrevenidos e incluso aspirar a un empleo mejor. No en vano, la «formación profesional para el empleo» se ha convertido en un derecho del trabajador reconocido en el art. 23.3 ET.

Por supuesto, todos esos cambios exigen tiempo para su maduración y valoración, porque han de atender a necesidades e intereses muy distintos, involucran a actores diversos (instituciones europeas, Administración laboral, Administración educativa, Estado, CCAA, empresarios, trabajadores o agentes sociales) y persiguen objetivos de diferente nivel. A modo de ejemplo, no sólo está en juego el acercamiento del sistema educativo a la realidad del tejido productivo, sino también la homogeneización de la formación a nivel europeo, de modo que las titulaciones obtenidas en España puedan contar con el pertinente valor en el ámbito de la UE, un proceso que tuvo lugar hace unos años en el contexto de la educación superior, con el llamado Plan Bolonia, y que ahora ha de afrontarse en la formación profesional.

Es ya evidente que la formación profesional se ha convertido en un pilar clave para la competitividad tanto de los trabajadores como de las propias empresas. La LO 3/2022, de 31 de marzo , tiene como objetivo la modernización del sistema de formación profesional, pero desde una perspectiva más ambiciosa que las reformas precedentes,

porque se prescinde de la concepción tradicional que distinguía entre varios estratos de la formación profesional, en función de quién ofreciera la formación (el sistema educativo, la empresa o los servicios públicos de empleo), y se apuesta por un sistema único o integrado, centrado en la persona, lo que plantea retos evidentes de diseño y ejecución, pero también podría reportar grandes beneficios en términos de efectividad. En cualquier caso, y desde la perspectiva que aquí interesa, esa integración de los «subsistemas» de formación profesional precedentes en un único Sistema -integrado y coordinado- afecta a las estructuras del Derecho del Trabajo. La LO 3/2022 es, en esencia, una ley que desborda el contexto educativo y que desplegará sus efectos sobre el haz de derechos y deberes de trabajadores y empresarios, sobre las competencias de la Administración laboral y sobre todos los agentes implicados en las políticas de empleo.

II. *THE ROAD SO FAR*: LOS NUMEROSOS (Y FALLIDOS) INTENTOS DE POTENCIAR LA FORMACIÓN PROFESIONAL

El impulso de la formación profesional no es, en absoluto, un objetivo reciente. Como es sabido, en un inicio el legislador centró sus esfuerzos en la formación profesional reglada, aquella que se integra en el sistema educativo, y por tanto debe ajustarse a los requerimientos de la legislación de esa rama (*v.gr.,* LO 8/1985 y LO 1/1990). En sus orígenes, la formación profesional se concebía como una oferta formativa de segundo nivel, o menor relevancia, dirigida a quienes tenían dificultades para superar la educación secundaria, y con ello conseguir el acceso a estudios universitarios, de modo que el legislador, quizá inconscientemente, contribuyó a instaurar un prejuicio acerca de la capacidad del estudiante de formación profesional reglada, prejuicio que se ha mantenido durante décadas, que probablemente no ha sido superado todavía y que ha lastrado su evolución.

Con el tiempo, el legislador dio también carta de naturaleza a la formación profesional externa al sistema educativo, que desde luego ya existía, pero requería una regulación y una formalización adecuadas. La LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional , el RD 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua , y el RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo , son hitos que no cabe desconocer, aunque esas normas se hayan visto superadas por otras más modernas, como la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral . Más allá de las disposiciones concretas, este entramado da fe de que han venido conviviendo hasta el momento dos sistemas (o subsistemas) separados de formación profesional, el que se articula en el

marco del entorno educativo, formación profesional reglada, y la formación externa al sistema educativo, que se ha dado en llamar formación profesional para el empleo.

La primera se desenvuelve en el contexto de la legislación educativa y tiene como principal propósito la formación inicial, dirigiéndose por tanto a la obtención de un título de técnico o técnico superior, conforme a sus correspondientes ciclos formativos, mientras que la formación profesional externa tiene un contenido quizá más complejo, y que en los últimos años se ha venido estructurando a través de los llamados certificados de profesionalidad, en sus tres posibles niveles, certificados que no conllevan el reconocimiento de una titulación con valor académico, pero que habilitan para el desarrollo profesional. Esta segunda vía de formación incluye tanto acciones para la (re)inserción laboral de desempleados (formación ocupacional), como para la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales precisas para el mejor desarrollo de la actividad laboral en los mismos o distintos empleos, pero dentro de un contrato de trabajo vigente (formación continua)[1].

Por supuesto, en esas normas precedentes se explicita la necesidad de revitalizar la formación profesional a todos los niveles y acercar la formación a las necesidades del tejido productivo, pues resultaba cada vez más evidente el desajuste entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo, con un exceso de sobrecualificación derivada del número de titulados universitarios que no podía ser absorbido y un relevante número de puestos de trabajo no susceptibles de cobertura por falta de personas con la cualificación suficiente o adecuada. El legislador sigue convencido de que la formación profesional es el instrumento adecuado para resolver determinados desajustes del mercado de trabajo, máxime cuando las previsiones indican que en un futuro cercano solamente el 16% de los puestos de trabajo deberán ser cubiertos por personas con bajo nivel de cualificación, mientras que aproximadamente el 50% del empleo en la segunda mitad del siglo (frente al 25% actual) estará reservado para personas con cualificación intermedia (técnicos y

[1] Vid. F. CAMAS RODA, *La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral,* Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 22 y ss.; V. CORDERO GORDILLO, *El sistema de formación profesional para el empleo*, Trabajo y Derecho, nº 42, 2018, pp. 49 y ss; J. CABEZA PEREIRO, "La formación para el empleo", en VV.AA., *La formación para el empleo: situación actual y perspectivas de futuro,* Consello Galego de Relacións Laborais, Santiago de Compostela, 2009, pp. 89-95; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Formación profesional*, Relaciones Laborales, Tomo 2, 1993, pp. 1153 y ss.; E. MARTÍN PUEBLA, *El sistema de formación profesional para el empleo*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 12 y ss.; R. AGUILERA IZQUIERDO y N. GARCÍA PIÑEIRO, *La formación profesional para el empleo: reflexiones para su reforma,* REDT, nº 147, 2010, pp. 485 y ss.; R. CRISTÓBAL RONCERO, *El nuevo sistema de formación profesional para el empleo,* REDT, nº 180, 2015, pp. 329 y ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ, *La compleja estructura contractual de la ordenación de la formación profesional continua,* Relaciones Laborales, nº 2, 1995, pp. 13 y ss.

técnicos superiores de formación profesional)[2], lo que obliga a desarrollar e incentivar la formación profesional.

Por consiguiente, han transcurrido ya más de dos décadas desde que se detectaron distorsiones en el mercado de trabajo, que han tratado de reconducirse a través de la formación profesional. Sin embargo, los esfuerzos no han dado los frutos esperados, quizá porque la oferta, la promoción y la articulación de la formación profesional han adolecido de defectos, quizá porque la revolución tecnológica ha dificultado el ajuste o quizá por una combinación de múltiples factores. Cualquiera que sea la razón, lo cierto es que el Preámbulo de la LO 3/2022 sigue insistiendo en las mismas o similares deficiencias del mercado de trabajo que ya se habían puesto de manifiesto a propósito de la promulgación de las leyes precedentes, como la falta de ajuste entre la oferta y la demanda y el inadecuado reconocimiento y certificación de las competencias profesionales, además del prejuicio latente hacia la formación profesional reglada, lo que no hace más que constatar el fracaso de la normativa anterior en la consecución de esos concretos propósitos.

En efecto, la formación profesional sigue sin despertar el interés, o conseguir el atractivo, que parecería natural en atención a los datos, porque el desempleo de los titulados de formación profesional es menor que la tasa de desempleo del conjunto de jóvenes, y aun así el número de estudiantes de formación profesional reglada no se acerca, en modo alguno, al de la enseñanza secundaria. Además, y es muy relevante, un porcentaje elevado de la población activa, aproximadamente el 46-48%[3], no puede acreditar con un título sus competencias profesionales, circunstancia a la que desde luego ha contribuido la falta de equiparación de los certificados de profesionalidad con una titulación con valor académico (no se consideran como tales en la valoración del nivel formativo de la población).

El problema no parece que radique en los objetivos, sino más bien en los medios, que se han mostrado ineficaces hasta el momento. Los dos subsistemas antes aludidos, la formación profesional reglada o inicial y la formación profesional para el empleo, nunca se han coordinado verdaderamente. Como es obvio, esa coordinación no significa que la formación profesional para el empleo deba convertirse en una continuación o un segundo nivel de la formación profesional reglada, toda vez que, por un lado, y

[2] Así consta en el informe del Plan de Modernización de la formación profesional aprobado por el Ministerio de Educación y Formación Profesional (https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:cd40e9bc-84ce-402a-8b1a-493aa54578de/plan-de-modernizaci-n-de-la-formaci-n-profesional.pdf).

[3] Plan de Modernización de la formación profesional (https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:cd40e9bc-84ce-402a-8b1a-493aa54578de/plan-de-modernizaci-n-de-la-formaci-n-profesional.pdf).

concibiendo la formación profesional como una necesidad continua o imprescindible en todos los estadios de la carrera profesional, incluso las personas con la mayor cualificación académica podrían necesitar la actualización de conocimientos, máxime en contextos donde se requiera una recualificación, y, por otro, la formación profesional para el empleo debe atender las necesidades de formación de quien no cuenta con titulaciones previas de ningún tipo.

En relación exclusivamente con la formación profesional para el empleo, quizá una de las explicaciones de su escaso éxito, en términos de cumplimiento de objetivos, haya sido su compleja articulación, pues, como se sabe, cuenta con varias fórmulas o modalidades que responden a distintos objetivos y nunca se han coordinado verdaderamente entre sí. En primer lugar, cabría referirse a la formación de oferta, esto es, las acciones formativas promovidas por las administraciones públicas, los agentes sociales o diversas entidades colaboradoras. La financiación de esta formación de oferta corre a cargo de los servicios públicos de empleo y puede dirigirse tanto a personas ocupadas como a desempleados.

En segundo lugar, se encuentra la denominada formación de demanda, que, como se desprende de su denominación, trata de atender a las necesidades específicas de formación de las empresas y de los trabajadores -pero recibe apoyo público-, y por ello no deriva en acciones de formación genéricas, sino en las más adecuadas para los requerimientos del trabajo en la concreta empresa, aunque también se integran en esta modalidad los permisos individuales de formación.

Por su parte, la formación en alternancia se concreta en acciones formativas que combinan formación teórica y práctica profesional, mediante contratos formativos, y que tradicionalmente se han desarrollado a través de escuelas-taller, casas de oficios y talleres ocupacionales. Son fórmulas, como es fácil de comprender, que tienen como objetivo proporcionar una cualificación inicial a personas sin formación previa y en una situación próxima a la exclusión social en muchos casos, sin perjuicio de que puedan jugar un papel en la recualificación.

Lógicamente, caben también otras clasificaciones, pues, como deriva de la Ley 30/2015 , derogada por la Ley Orgánica 3/2022 en todo cuando se oponga a ella, podría seguir manteniéndose la clásica distinción entre la formación profesional ocupacional, dirigida a desempleados, y la formación profesional continua, cuyos destinatarios son los trabajadores, pero lo cierto es que las sucesivas reformas del sistema de formación profesional para el empleo no han mejorado sustancialmente su eficacia y efectividad, ni han articulado y coordinado convenientemente todas esas modalidades o acciones formativas, que se desenvuelven a menudo con completa independencia y sin atender a las necesidades individuales de la persona que recibe la formación.

En este sentido, el sistema, ya en su diseño, siempre ha prestado más atención hacia cómo se articula la formación y quién la imparte, que hacia el destinatario. Quizá, incluso, el legislador ha insistido excesivamente en la formación profesional de colectivos con problemas no sólo de reincorporación al mercado de trabajo, sino también en situación de exclusión social. Pese a la retórica de los preámbulos y exposiciones de motivos, lo cierto es que buena parte de los esfuerzos se han dirigido a esos colectivos más desfavorecidos, lo que por supuesto cuenta con una justificación, pero de algún modo supone descuidar ese otro papel de la formación profesional como mecanismo de ajuste entre la oferta y la demanda.

La formación a lo largo de toda la vida es esencial para el sistema productivo en su conjunto, incluso para las personas que ya desempeñan un trabajo, porque las condiciones de ejecución pueden cambiar en cualquier momento y el propio sector y/o profesión podrían incluso desaparecer. Sin embargo, esa es una faceta que, seguramente por la necesidad de priorizar entre objetivos ante la falta de recursos suficientes, se ha descuidado a favor de medidas dirigidas a desempleados, y en particular de larga duración.

Además, la formación profesional, en todas sus vertientes y niveles, ha de coordinarse adecuadamente, porque de lo contrario no resultará eficaz. Los agentes involucrados son numerosos y debe además garantizarse que las ofertas formativas se ajusten a unos contenidos y objetivos coherentes. Por ejemplo, y como es evidente, las acciones de mejora de la ocupabilidad o el itinerario de inserción que forman parte del compromiso de actividad (art. 300 LGSS), las acciones formativas o de recualificación que se contemplan en la legislación laboral en el marco de los ERTE (arts. 47 y 47 bis ET) o las «medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad» (art. 51.2 ET) deben contar con un encaje adecuado en sistema de formación profesional. El hecho de que unas acciones se enmarquen en las políticas activas de empleo, otras en las políticas pasivas, otras eventualmente en el sistema educativo y que, en general, las competencias administrativas residan en entidades y organismos muy distintos, que no siempre pertenecen a la misma Administración, da lugar a desajustes y, en último término, a cumplimientos de carácter meramente formal y que no persiguen un objetivo coherente desde una perspectiva global.

La situación mantenida hasta ahora, por tanto, dista de resultar satisfactoria, porque la formación profesional reglada no es suficientemente atractiva, porque la formación profesional continua no cuenta con el necesario protagonismo (se dedican 17 horas al año por trabajador, frente a las 50 en Alemania, por ejemplo, dándose la circunstancia de

que las empresas líderes en el mundo dedican entre 80 y 85 horas por trabajador)[4], porque un porcentaje muy elevado de trabajadores no pueden acreditar formalmente sus habilidades, competencias y conocimientos y porque las fórmulas de formación en alternancia no se han desarrollado con toda la extensión e intensidad deseables (escasa implantación hasta ahora de la formación dual)[5], provocando cierta separación entre la teoría y la práctica.

Desde esta perspectiva, la reforma profunda de la formación profesional se convirtió en una necesidad inaplazable, como demuestra la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, aprobada mediante RD 1069/2021, de 4 de diciembre , que entre los «objetivos estructurales» dedica el «Eje 2» a la formación, en el que se insiste en el ajuste de la «oferta formativa a las necesidades del mercado de trabajo y a la mejora de la competitividad del tejido productivo, con especial atención a las competencias clave, digitales e idiomáticas», en la mejora de la «información, seguimiento y evaluación de la oferta formativa y el conocimiento de las necesidades de capacidades en los diferentes sectores económicos y territorios», en el impulso de la formación en las empresas o en «promover la formación modular acreditable y el reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral y vías no formales de formación», entre otros propósitos que debían conducir a una actualización y mejora del sistema de formación profesional. Así se desprende también del I Plan Estratégico de Formación Profesional del Sistema Educativo (2019-2022)[6], en el que se advierte que la «transformación de la Formación Profesional es una prioridad estratégica de la política educativa y de formación», prioridad que se reafirmó en 2020 con la aprobación del Plan

---

[4] Plan de Modernización de la formación profesional (https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:cd40e9bc-84ce-402a-8b1a-493aa54578de/plan-de-modernizaci-n-de-la-formaci-n-profesional.pdf). En general, sobre los tiempos destinados a formación de trabajadores en los distintos países de nuestro entorno: https://www.eurofound.europa.eu/es/surveys/european-working-conditions-surveys-ewcs. Un análisis de estos datos puede encontrarse en el trabajo B. CUETO IGLESIAS y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El sistema de formación de trabajadores y parados en el proceso de recualificación,* Informe anual España 2022, Universidad de Comillas, 2022 (en prensa).

[5] Vid. J. GARCÍA VIÑA, *La formación profesional dual en España como mecanismo de creación de empleo para los jóvenes*, RTSS (CEF), nº 443, 2020, pp. 23 y ss.; M.T. IGARTUA MIRÓ, *La formación dual en el sistema educativo: balance y propuestas de mejora*, Temas Laborales, nº 137, 2017, pp. 91 y ss.; J. MORENO I GENÉ, *El impulso de la formación profesional dual en el contrato para la formación y el aprendizaje y en la formación profesional del sistema educativo. A propósito del Real Decreto 1529/2012*, RTSS (CEF), nº 358, 2013, pp. 53 y ss.; A. COSTA REYES, *El modelo español de formación profesional dual,* Revista de Derecho Social, nº 68, 2015, pp. 13 y ss.

[6] https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:1bc3728e-d71f-4a8e-bb99-846996d8a2f2/i-plan-estrat-gico-de-formaci-n-profesional-del-sistema.pdf.

de Modernización de la Formación Profesional[7], planes que sin duda constituyen el germen del nuevo Sistema.

Por supuesto, en toda esta evolución la UE -y también la OIT[8]- ha jugado un relevante papel de impulso y exigencia, poniendo de manifiesto las debilidades del mercado de trabajo español y la necesidad de impulsar la formación profesional[9]. De ahí que, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia español (aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 27 de abril de 2021), cuyo cumplimiento es condición para obtener los Fondos Europeos «Next Generation UE» que contribuyan a la recuperación económica tras la pandemia COVID, se contemplen, en su «componente 19», acciones destinadas a mejorar la formación en competencias digitales, y en su «componente 20» el «desarrollo, reforma y modernización de la Formación Profesional, con el fin de ampliar las competencias de la población y aumentar su empleabilidad, adaptándolas a la realidad del mercado de trabajo y a las nuevas profesiones del futuro, y fomentar el reciclaje profesional y la optimización del desempeño».

En particular, se propone la integración de la formación profesional del sistema educativo y de la formación profesional para el empleo en un único sistema, una propuesta ambiciosa que se ha concretado en la LO 3/2022, de 31 de marzo . Ahora bien, el éxito futuro del nuevo modelo dependerá en buena medida de la adecuada financiación de todas las acciones necesarias, lo que obligará a un esfuerzo de las Administraciones Públicas, mayor que hasta ahora, máxime cuando la inversión en formación se ha reducido considerablemente desde la crisis de 2008.

III. LA LO 3/2022, DE 31 DE MARZO: UNA REFORMA AMBICIOSA QUE ASPIRA A UN CAMBIO DE PARADIGMA

Como ya se ha indicado, la regulación y la implementación del sistema español de formación profesional adolecían de ciertas deficiencias, y desde luego los resultados eran mejorables en términos de eficacia y efectividad. La LO 3/2022 , de ordenación e integración de la Formación Profesional, ha pretendido revertir la situación, declarando como objetivo la «constitución y ordenación de un sistema de formación profesional al

7 https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion/Documents/2020/220720-Plan_modernizacion_FP.pdf.

8 Vid. J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA, *Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social*, Temas Laborales, nº 160, 2021, pp. 91 y ss.

9 A modo de ejemplo, vid. Recomendación del Consejo de 24 de noviembre de 2020 sobre la educación y formación profesionales para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia 2020/C 417/01.

servicio de un régimen de formación y acompañamiento profesionales que sea capaz de responder con flexibilidad a los intereses, las expectativas y las aspiraciones de cualificación profesional de las personas a lo largo de su vida».

Más allá de la retórica, presente asimismo en reformas precedentes, lo cierto es que el foco de atención del legislador ha variado sustancialmente, pues el eje sobre el que pivota la regulación, y por tanto la formación profesional, ya no es la oferta formativa y el sujeto que la organiza e imparte, sino la persona destinataria de esa formación y sus necesidades concretas, que por supuesto varían a lo largo de su vida. De algún modo, la formación profesional se desliga parcialmente del sistema educativo, que es un ingrediente del nuevo Sistema de Formación Profesional, pero no el único. Como se sabe, un sistema educativo se configura o conforma -en abstracto- a través de una serie de ciclos, en buena medida sucesivos, dirigidos a que el interesado obtenga el pertinente título, pero esos ciclos o titulaciones suelen contar con sentido en sí mismos y, una vez finalizados, ya no se pueden retomar, porque el egresado ya no puede retornar a ellos con propósito, por ejemplo, de actualización. La obtención del título correspondiente, por decirlo de alguna forma, agota y da sentido a la titulación en sí y permite considerar que el sistema educativo ha cumplido su propósito.

En cambio, el nuevo Sistema de Formación Profesional, aun cuando la LO 3/2022 ponga el acento en el carácter acreditable de la formación, se diseña bajo la premisa de que la formación es una necesidad durante toda la vida, de modo que no es obstáculo para incorporarse o retornar al Sistema la obtención en el pasado de alguna titulación. El propósito es conseguir un sistema suficientemente flexible, y además proactivo, que permita detectar las disfunciones entre las necesidades del mercado y las capacidades y aptitudes de los trabajadores y demandantes de empleo, y ofrezca además vías eficaces para proporcionar y/o actualizar las competencias profesionales.

La consecución de esos objetivos requiere de más acciones que un mero cambio de discurso, pues las estructuras del sistema de formación profesional deben adecuarse convenientemente para propiciar ese cambio de paradigma que sitúe a la persona en el centro del sistema. A tal fin, el nuevo Sistema de Formación Profesional integra en su seno tres funciones diferentes, como son la formación profesional en sentido estricto, la acreditación de competencias y la orientación profesional, y se configura de forma vertical, escalonada y ascendente en cinco grados, que comprenden, dentro del mismo Sistema, conviene insistir, los precedentes (sub)sistemas de formación profesional reglada y de formación profesional para el empleo[10]. Con ello se pretende superar el

[10] Vid. L. MELLA MÉNDEZ, *Sobre la ley orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional: valoración general de una ambiciosa reforma*, Briefs de la

modelo anterior, en el que los distintos estadios de la formación profesional se encontraban segregados y no convenientemente coordinados. Esos cinco grados, que comprenden desde «microformaciones» hasta los títulos de formación profesional, son los siguientes (art. 28 LO 3/2022): Grado A: Acreditación parcial de competencia; Grado B: Certificado de competencia (módulo profesional); Grado C: Certificado profesional; Grado D: Ciclo formativo; Grado E: Curso de especialización.

Cabe entender que los tres primeros grados serían los propios de la formación no reglada o para el empleo (para mayores de 16 años), mientras que los Grados D y E conformarían la formación profesional reglada en sentido estricto (dentro del sistema educativo), el primero en grado básico, medio y superior (Técnico Básico, Técnico y Técnico Superior), y el segundo como curso de especialización, obviamente en el marco de la formación postobligatoria, en Grado medio (Especialista) o en Grado superior (Máster Profesional). Por tanto, este sistema proporciona acreditaciones (grados A y B), certificados profesionales (grado C) y títulos (grados D y E), consecuencia buscada, porque toda esta formación ha de ser acreditable. Con esa finalidad, se crean varios registros oficiales de formación profesional (Registro Estatal de Formación Profesional, Registro Estatal de Acreditaciones de Competencias Profesionales adquiridas por experiencia laboral o vías no formales e informales y Registro General de Centros de Formación Profesional)[11], donde se comprenderán todas esas acreditaciones, certificados y títulos, de modo que cada persona podrá obtener una «Vida Formativa Profesional» (expedida por el Registro Estatal de Formación Profesional), que, al margen de su valor probatorio y acreditativo, es muestra de la pretensión de configurar un sistema dinámico y eficaz.

Además de la novedad que supone integrar todos los niveles en el mismo Sistema, otra de las grandes apuestas del nuevo modelo es la formulación, por primera vez, de unidades formativas o “microformaciones” (Grado A), que conllevan la adquisición de aprendizajes acreditables, especialmente útiles para quienes carecen de formación acreditada y que permiten construir gradualmente el proceso formativo, máxime cuando se admite que la formación de los Grados C, D y E se oferte de manera modular -no sólo completa-, identificando como destinatarios principales a los mayores de edad. Téngase en cuenta que la acreditación de un estándar de competencia adquirido por experiencia laboral -o por vías informales- tiene la condición de acreditación parcial acumulable, lo que supone, por tanto, que se toma en consideración para acreditar y completar la formación conducente a la obtención del correspondiente título o certificado profesional.

AEDTSS (https://www.aedtss.com/la-ley-organica-3-2022-de-31-de-marzo-de-ordenacion-e-integracion-de-la-formacion-profesional-valoracion-general-de-una-ambiciosa-reforma/).

[11] Arts. 14 y ss.

Conviene subrayar, en este punto, el cambio de perspectiva legal, pues tradicionalmente las acreditaciones por experiencia profesional se obtenían en convocatorias anuales de formaciones o módulos, mientras que en el nuevo Sistema se articula un procedimiento administrativo abierto de forma permanente respecto de cualquier estándar de competencia profesional incluido en el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales (art. 92 LO 3/2022)[12]. De esta forma, toda persona podrá solicitar en cualquier momento la acreditación de sus competencias, sin necesidad de esperar a una convocatoria en la que encajen sus destrezas, y la Administración deberá resolver en un plazo de seis meses. Este procedimiento, por lo tanto, es coherente con el propósito declarado de la norma de facilitar que el mayor número posible de personas trabajadoras obtengan una acreditación formal de sus competencias, reduciendo ese elevado porcentaje de trabajadores que carecen de dicha acreditación formal.

Es claro, así pues, que el nuevo Sistema valora tanto la formación profesional formal como la informal, que debe constar en el Informe Formativo-Profesional de cada persona que podrá obtenerse en el Registro Estatal de Formación Profesional (art. 93.4 LO 3/2022). Este complejo engranaje se completa con una estructura que sienta las bases del vínculo entre la formación profesional de grado superior y la Universidad, facilitando el tránsito de una a otra.

En esencia, el ambicioso propósito de la reforma consiste en modificar el paradigma formativo, de manera que el modelo precedente de tratamiento distinto, segregado y no coordinado entre la formación profesional reglada y la formación para el empleo sea sustituido por un sistema único en el que se conecte la formación inicial (itinerario de formación realizada, dentro del sistema educativo, desde el inicio de la escolarización hasta la incorporación al mundo laboral) y la continua (cualquier tipo de formación realizada después de la formación inicial y de la incorporación a la vida activa, dentro o fuera del sistema educativo) a lo largo de toda la vida de la persona, en una suerte de "puzle de formación vital".

De algún modo, el nuevo sistema apuesta por itinerarios formativos específicos e individuales, que ya no deben dirigirse únicamente a desempleados, en particular de larga duración, sino que estarán abiertos -y previsiblemente resultarán necesarios- a cualquier persona, en el contexto de un mundo en permanente cambio. No sólo se busca

[12] El reconocimiento de los estándares de competencias profesionales evaluados conforme al procedimiento de acreditación de competencias tendrá carácter acumulable y dará lugar, una vez inscrito en el Registro Estatal de Acreditaciones de Competencias Profesionales Adquiridas por Experiencia Laboral o Vías No Formales e Informales, a la expedición del documento acreditativo correspondiente y, en su caso, los Certificados o Títulos equivalentes en el Catálogo de Oferta de Formación Profesional.

la reincorporación al mundo laboral, sino también la permanencia e, incluso, la mejora de las perspectivas profesionales. Para ello, la LO 3/2022 crea un Sistema de Formación Profesional en el que toda la formación debe ser acreditable, acumulable y capitalizable, y que se estructura de forma vertical y escalonada sobre los cinco grados ascendentes ya indicados, en el marco del Catálogo Nacional de Estándares de Competencia Profesional.

Este nuevo Catálogo, que todavía carece de contenido concreto a la espera del imprescindible desarrollo reglamentario, sustituye al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (vigente transitoriamente), y debe garantizar la coherencia con el Marco Europeo de Cualificaciones, basado en los resultados de aprendizaje, que cubre todos los tipos y niveles de cualificación y que pone de manifiesto -o ese es el propósito- lo que una persona conoce, comprende y es capaz de hacer. El cambio de denominación facilitará el acomodo de nuestro ordenamiento al del resto de países de la Unión, homogeneizando asimismo la terminología y evitando los errores interpretativos que el término «cualificación» había generado en el pasado. Paralelamente, ese acomodo ha de facilitar también, como es lógico, la circulación de estudiantes y trabajadores en el entorno europeo -el reconocimiento de cualificaciones es una pieza clave a tal efecto-, lo que también es coherente con la proyectada ampliación de la oferta bilingüe de formación. En último término, el legislador aspira a un cambio cultural, en el que no sólo se reforme el marco jurídico, sino también se modifique la percepción de las personas sobre la necesidad y la utilidad de la formación permanente a lo largo de toda la vida.

En este nuevo contexto, resulta perfectamente coherente que el nuevo Sistema de Formación Profesional priorice como objetivo el fortalecimiento de los vasos comunicantes entre el tejido productivo y el entramado formativo, pues una completa separación entre los aspectos teóricos y la práctica profesional podría enturbiar la eficacia de la reforma emprendida. No es por tanto sorprendente que, con el fin de facilitar la integración laboral, se potencie la denominada formación dual, que no es una creación de la LO 3/2022 [13], pero que no era una modalidad demasiado utilizada, a buen seguro porque plantea problemas prácticos diversos y no siempre fáciles de superar (por lo pronto, deben encontrarse empresas dispuestas a asumir los costes laborales, pues tradicionalmente las prácticas de un alumno en formación no generaban cargas salariales, ni de cotización).

Sea como fuere, las ofertas de formación profesional reglada (Grados D y E), y también las del Grado C, deberán incluir un período mínimo de práctica en un entorno

[13] Vid. Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

productivo real, prácticas que pueden formalizarse por vías tradicionales, como una estancia de carácter íntegramente formativo, o bien a través de un contrato de trabajo. La primera modalidad se denomina «formación dual general», y requiere que el período de prácticas oscile entre el 25% y el 35% de la duración total de la formación ofertada, asumiendo la empresa -o el «organismo equiparado»- hasta un 20% de los resultados de aprendizaje del currículo. Es una modalidad en la que no se formaliza un contrato de trabajo, ni tampoco el estudiante percibe retribución en forma de salario, aunque sí se admite una compensación por gastos. Junto a ella se contempla asimismo la denominada «formación dual intensiva», en la que el período mínimo de prácticas ha de superar el 35% de la duración total de la formación, asumiendo la empresa hasta un 30% de los resultados de aprendizaje o módulos profesionales del currículo. En este caso, las prácticas deben formalizarse a través de un contrato de trabajo para la formación en alternancia (art. 11 ET).

Obviamente, en el supuesto de formación dual general la práctica curricular debe contar, precisamente, con esa dimensión formativa, y no ha de prevalecer en ningún caso el carácter productivo, en una suerte de traslación de la doctrina del beneficio predominante que, con buen criterio, elaboró la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para distinguir entre la beca y la relación laboral. En esta línea, el estudiante de formación profesional dual no puede estar contratado laboralmente durante su estancia en prácticas por la misma empresa, a salvo, obviamente, de que en el marco de la formación dual intensiva deba formalizarse el pertinente contrato de formación en alternancia (art. 55.6 LO 3/2022). Huelga señalar que habrá que esperar, como sucede en general con el conjunto del nuevo Sistema de Formación Profesional, al desarrollo reglamentario de la norma para poder concretar el modo de integración de ambas formaciones duales (la laboral y la no laboral) en los respectivos grados formativos.

IV. CONEXIONES ENTRE EL NUEVO SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

Como es natural, la formación profesional y el Derecho del Trabajo han de contar con una íntima conexión, al menos si se pretende que la formación cumpla los objetivos de facilitar el acceso al mercado de trabajo, la mejora de perspectivas profesionales o eventualmente el reingreso a la vida activa. No es de extrañar que el art. 4.2.b) ET reconozca, en general, el derecho «a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad», y que el art. 23 precise algunos de sus contenidos, con la

posibilidad incluso de adaptación de la jornada para compatibilizar el trabajo con las acciones formativas.

En cualquier caso, conviene advertir que la «formación» a la que se refiere el ET no siempre encaja en la formación profesional, en sentido técnico, y, lo que quizá es más importante, el grueso de la formación profesional clásica, esto es, la reglada o inicial, forma parte del sistema educativo, y por tanto sus conexiones reales con el tejido empresarial y con los trabajadores no han sido más intensas que las que pueden apreciarse en otros estadios educativos, inclusive la Universidad. En verdad, una gran parte de la formación recibida por los trabajadores se ha canalizado por vías internas dentro de las propias empresas, cauces no siempre institucionalizados, y por tanto al margen del sistema de formación profesional, sea en su vertiente reglada, sea en esa faceta de formación para el empleo, que, en cualquier caso, exige intervención y presencia institucional.

Aun cuando ello sea así -y explica parcialmente la falta de acreditación formal de ciertas acciones formativas-, también es evidente que la formación profesional para el empleo, en todas sus variantes, ha tratado de aproximarse en lo posible a las necesidades reales de las empresas. A ello ha contribuido, por un lado, que el mecanismo de certificados de profesionalidad pueda reorganizarse de manera más ágil y flexible que las titulaciones oficiales regladas, y, por otro, que las competencias en materia de formación profesional para el empleo residan en entes e instituciones de carácter laboral, mientras que la formación profesional reglada sea gestionada desde el sistema educativo.

En perspectiva de futuro inmediato, el nuevo Sistema de Formación Profesional pretende una organización coherente y sistemática, de modo que la formación profesional para el empleo se integre en dicho Sistema y se conecte con la formación reglada. Con ello se facilita la acreditación formal de los aprendizajes no reglados, y además se amplían las infraestructuras, pues las dos redes de centros de formación profesional independientes hasta ahora (la del sistema educativo y los centros y entidades autorizadas para formación profesional para el empleo) pasan a convertirse en complementarias. Además, y con el objetivo de que toda la formación sea acreditable, acumulable y capitalizable, no sólo se permite que los trabajadores que hayan abandonado el sistema educativo sin titulación profesional puedan incorporarse a programas formativos que conduzcan a la obtención de una titulación de técnico de formación profesional, sino que dicha titulación podría incluso alcanzarse gracias a acciones formativas llevadas a cabo en las propias empresas, si están autorizadas para ello.

En buena lógica, la coordinación entre las autoridades educativas y las entidades con competencia en el ámbito laboral debe intensificarse en este nuevo escenario, porque debe tenerse presente, y es un aspecto relevante, que la LO 3/2022 no ha creado una «Agencia de Formación Profesional» o un ente encargado específicamente de gestionar el nuevo Sistema. De este modo, la integración de los anteriores subsistemas en uno solo no provoca, en apariencia una modificación de las competencias de los distintos entes administrativos, salvo que durante el -prolongado- período de implantación se tomen otras decisiones, lo que no parece probable, toda vez que la propia Ley se refiere a las «administraciones con competencias» (art. 24), y que explícitamente deja a salvo las «competencias del Ministerio de Trabajo y Economía Social respecto de la formación en el trabajo, la orientación para el empleo y la regulación de la cuota de formación profesional y su afectación» (DA 4ª). Esos aspectos se regularán de «acuerdo con su normativa específica», normativa laboral por ende, que no debería conducir a la creación de otro subsistema de formación profesional diferente, pues esa «formación en el trabajo» puede tener contenidos diferentes a los propios de la formación profesional, muy ligados al puesto de trabajo en concreto, como por ejemplo el «curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas» con anterioridad a un despido objetivo (art. 52.b ET), que es una formación «necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo» en el sentido del art. 23.1.d) ET, pero no estrictamente formación profesional, o que no necesita canalizarse necesariamente por esa vía, y que podría dotarse de un contenido mínimo por la legislación laboral.

En cualquier caso, esa necesidad de coordinación en el seno del Sistema de Formación Profesional no sólo afectará a los departamentos ministeriales y entes administrativos con competencias directas en materia de trabajo y educación, sino también al denominado Sistema Nacional de Empleo que, integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas (CCAA), debe planificar y organizar los medios y acciones tanto estatales como autonómicos con el objetivo último de lograr la consecución del pleno empleo. El Sistema Nacional de Empleo, en principio, sigue operativo y mantiene sus competencias, si bien, por un lado, la DA 2ª LO 3/2022 encomienda al Gobierno la modificación del Reglamento del Consejo Nacional de Empleo (DA 1ª RD 1722/2007), «para su adaptación a la presente ley», lo que plantea incertidumbre sobre el escenario final, y, por otro, debe coordinarse con el Sistema de Formación Profesional en relación con la orientación profesional (art. 94.3 LO 3/2022). En este aspecto concreto, parece que la orientación profesional que regula la LO 3/2022 , vinculada a los itinerarios formativos y llevada a cabo por los docentes de los centros de formación profesional, coexistirá, debidamente coordinada, con la que vienen proporcionando los servicios

públicos de empleo en el marco del Sistema Nacional de Empleo, que debe incluir, además, «otras actuaciones de orientación profesional no vinculadas a los itinerarios formativos»[14].

En cambio, la LO 3/2022 no ha modificado el art. 40 de la Ley de Empleo, que regula el «sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral», que debe entenderse integrado en el nuevo Sistema de Formación Profesional. Y tampoco se refiere a los «programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo», regulados en el RD 818/2021, de 28 de septiembre . Cabe suponer que a medida que se vaya implantando efectivamente el nuevo Sistema de Formación Profesional los desarrollos reglamentarios, o eventualmente el legislador, articularán conveniente y coherentemente todas esas piezas.

Por consiguiente, el nuevo Sistema de Formación Profesional integra en su seno las distintas fórmulas y manifestaciones precedentes, con el fin de dotar al conjunto de coherencia interna y mayor efectividad. Sin embargo, no cabe desconocer que una parte de ese Sistema se articula y sustancia en el ámbito propiamente educativo y otra es plenamente laboral, aunque en el ámbito de la formación dual y, en general, de los programas de formación en alternancia ambos mundos conecten y converjan. Ello supone que los centros educativos, y en particular los centros integrados de formación profesional, asumirán una doble función, toda vez que desplegarán sus tradicionales funciones educativas, pero también asumirán un papel decisivo en el contexto de la contratación laboral formativa en esos programas mixtos o duales, llegando incluso a asumir responsabilidades de orden laboral. En consecuencia, además de las inspecciones más naturales en ese ámbito, las educativas, también habrán de afrontar inspecciones laborales, con resultados y consecuencias aún inciertos.

Esta doble dimensión del Sistema de Formación Profesional, educativa y laboral, repercute asimismo en el papel del diálogo social y, por ende, en la intervención de los agentes sociales, que no es tan activo o decisivo en la faceta más vinculada a la formación reglada. En general, asumirán una función conectada con la representación institucional, participando en la «gobernanza ejecutiva y estratégica del Sistema de Formación Profesional» (art. 117 LO 3/2022). No obstante, cabe suponer, aunque la Ley

[14] En efecto, habrán de convivir coordinadamente las dos formas previstas de orientación profesional, esto es, la del Sistema de Formación Profesional, vinculado a los itinerarios formativos, y la que vienen proporcionando los servicios públicos de empleo en el marco del SNE. Ambas deberán complementarse e incluir otras acciones no vinculadas a los itinerarios formativos. La primera, «sin perjuicio de las competencias de las distintas administraciones», deberán llevarla a cabo los profesores de los centros de formación profesional. En coherencia, se crea la Estrategia General de Orientación Profesional del Sistema de Formación Profesional y se insiste en el derecho de toda persona a obtener una orientación profesional gratuita y flexible, que incluya la acreditación de competencias profesionales adquiridas mediante la experiencia laboral u otras vías no formales o informales, y en la obligación de las administraciones de facilitarla.

no lo indique, que la presencia de sindicatos y organizaciones patronales será más relevante en la faceta de formación profesional para el empleo que, pese a que se incorpora formalmente al nuevo Sistema de Formación Profesional, se desarrollará a través de unos cauces distintos a la formación profesional reglada. Dicho de otra forma, el hecho de que todas las modalidades de formación profesional se integren en el mismo Sistema no supone que todos los agentes implicados deban intervenir o participar en todas ellas de la misma manera y con la misma intensidad.

Sea como fuere, la LO 3/2022 atribuye a los sindicatos y a las organizaciones empresariales funciones relevantes, como el impulso, promoción y asistencia a proyectos de formación profesional; la participación colaborativa respecto del papel que han de asumir las empresas, con labores de asesoramiento y actuando como enlace para la integración en este nuevo entramado; también se encomienda a los agentes sociales la labor de promover la agrupación de empresas y entidades de tamaño pequeño y mediano en red para la rotación de las personas en formación durante los periodos de formación, de manera que complementen los resultados de aprendizaje y faciliten, a la vez, la trasferencia de conocimiento y nuevas prácticas entre pequeñas y medianas empresas; deben recibir información sobre los puestos de formación profesional en las empresas; y han de colaborar fomentando la creación de nuevas figuras, como, en primer lugar, los «perfiles colaboradores» en las empresas, en la forma de «personas trabajadoras expertas sénior», para la facilitación de la permanente actualización del currículo en el centro de formación profesional por parte del equipo docente y su relación con la realidad productiva; en segundo lugar, las «personas prospectoras de empresas u organismos equiparados», encargadas de facilitar los contactos de centros de formación profesional y empresas; y, en tercer lugar, «personal de apoyo especializado», con el fin de asesorar y facilitar el acompañamiento en el itinerario formativo de personas con discapacidad (art. 89). Además, los agentes sociales deben «promover» entre empresas y trabajadores el «valor añadido de acreditar las competencias de todos los trabajadores, así como colaborar en su difusión, seguimiento y evaluación» (art. 91.4).

V. EN PARTICULAR, LA FORMACIÓN PROFESIONAL DURANTE LA VIGENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

La apuesta por un sistema de formación profesional coherente e integrado debe venir acompañada por una intensificación de los lazos entre el conjunto del sistema y el tejido productivo. Esas conexiones podrían quedar reducidas a la colaboración de los distintos agentes implicados para diseñar una formación coherente con las necesidades empresariales, pero manteniendo una nítida separación formal entre las empresas y los organismos que imparten la formación. Sin embargo, son posibles otras muchas

opciones, y entre ellas, y por lo que ahora interesa, conviene detenerse en aquellas situaciones en las que la persona que recibe la formación profesional es al mismo tiempo un trabajador en activo.

En ese escenario, cabría distinguir tres situaciones de diferente perfil y consecuencias. En primer lugar, y en una primera fase de acceso al mercado laboral, los contratos formativos son el punto más nítido de conexión entre la formación y el trabajo productivo. En segundo lugar, el trabajador, una vez iniciada su actividad, debe contar con oportunidad para seguir formándose, y para ello sigue operativa la formación profesional para el empleo en su vertiente de la formación profesional continua. Y en tercer lugar, el legislador en ocasiones encomienda a la empresa que desarrolle acciones formativas para los trabajadores afectados ante la amenaza de pérdida del empleo (arts. 47 , 47 bis y 51 ET).

Posiblemente, los contratos formativos son los que merezcan una mayor atención en este momento, por dos razones principales. La primera, porque han sido objeto de una intensa remodelación recientemente, que ha acentuado su carácter formativo[15], lo que exige una coherencia con el nuevo marco de la formación profesional. La segunda, porque la integración de la formación profesional para el empleo en el Sistema de Formación Profesional está pendiente de desarrollos reglamentarios, y el propio Sistema se implementará de forma gradual, por lo que resulta extraordinariamente prematuro pronunciarse sobre cómo se articularán las distintas modalidades, facetas o manifestaciones de esa formación profesional dirigida a trabajadores. En otras palabras, hasta que no se implante y desarrolle normativamente el Sistema, cualquier análisis estará más basado en hipótesis y propuestas que propiamente en certezas.

En cambio, y como se ha dicho, parece conveniente detenerse en los vasos comunicantes entre el nuevo Sistema de Formación Profesional y los contratos formativos, tanto el contrato de formación en alternancia, que «tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo» (art. 11.2 ET), el tradicional contrato para la formación o de aprendizaje, como el «contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios» (art. 11.3 ET), nueva denominación del clásico contrato en prácticas.

[15] Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *Seis tesis generales sobre la reforma de los contratos formativos de 2022*, Labos, nº 1, 2022, pp. 180 y ss.; A. COSTA REYES, *La reforma de la contratación laboral temporal y formativa*, RTSS (CEF), Nº 467, 2022, pp. 39 y ss.; E. GARRIDO PÉREZ, *El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación*, Temas laborales, nº 161, 2022, pp. 67 y ss.

En relación con la primera de esas modalidades contractuales, el contrato de formación en alternancia, es sabido que el componente formativo del tradicional contrato de aprendizaje ha ido variando en intensidad durante las últimas décadas, en función de los objetivos del legislador. Como se desprende incluso de los numerosos cambios de nomenclatura (aprendizaje, formación o incluso ambos al mismo tiempo), en épocas de mayor desempleo la vertiente de inserción laboral ha ganado relevancia, mientras que en momentos de menor tasa de desempleo juvenil se ha puesto más el acento en la faceta formativa.

La reforma laboral de 2021 se ha decantado por volver a reforzar el ingrediente formativo en esta modalidad que, en esencia, pretende convertirse en una herramienta para que los jóvenes adquieran una formación de la que previamente carecían, formación que debe conducir a la obtención de un certificado de profesionalidad o un título de formación profesional (o incluso un título universitario). Las conexiones, así pues, con el Sistema de Formación Profesional resultan evidentes en un escenario donde la finalidad de inserción laboral parece relegada a un segundo plano por esa vertiente formativa. Esta opción legislativa, cierto es, se ha mostrado ineficiente en el pasado, porque el contrato de aprendizaje, o para la formación, nunca ha sido particularmente exitoso, y aún menos en las épocas donde el ingrediente formativo ha prevalecido sobre la finalidad de inserción[16].

Más allá del eventual éxito en la práctica de esta figura contractual, que depende de muchos factores y no cabe predecir con seguridad -desde luego, el impulso de la formación profesional dual y la consiguiente articulación de las prácticas curriculares como contratos de formación en alternancia incrementarán su uso, máxime si verdaderamente aumenta el número de estudiantes de formación profesional reglada-, conviene centrar el análisis en los aspectos estrictamente jurídicos y, en lo que aquí interesa, en la conexión de esta modalidad con el Sistema de Formación Profesional. Por lo pronto, cabe precisar que el contrato para la formación en alternancia integra los viejos contratos de formación y aprendizaje y los más recientes contratos para la formación dual universitaria, incorporados al art. 11 ET por la DF 36ª de la Ley 11/2020, pero que requerían un desarrollo reglamentario que nunca tuvo lugar.

Prescindiendo de esa faceta universitaria, no particularmente relevante en este momento, el contrato para la formación en alternancia combina la formación teórica en los centros educativos con las prácticas y el desarrollo de una actividad productiva en las empresas. Como es fácil de comprender, se pretende con ello no sólo facilitar la

[16] Un balance del impacto de las sucesivas reformas del contrato en sus porcentajes de uso en B. CUETO IGLESIAS y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El sistema de formación de trabajadores y parados en el proceso de recualificación,* Informe anual España 2022, Universidad de Comillas, 2022 (en prensa).

formación teórico-práctica de las personas jóvenes, sino también, y especialmente, favorecer su integración laboral, garantizando ya desde la fase educativa el desarrollo de una actividad laboral retribuida. En el contexto de la formación profesional, la formación teórica puede recibirse dentro del Sistema de Formación Profesional y también en el marco de programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación, siempre que formen parte del Catálogo de especialidades formativas aprobadas por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Como se aprecia, la primera fórmula se integra en el contexto de la educación reglada, a diferencia de la segunda. De este modo, el contrato formativo puede nacer como parte de un proceso formativo ya iniciado, en el que la práctica profesional sea un requisito o componente de esa formación, o a la inversa, pues cabría que a partir del contacto entre el empresario y un trabajador que carece de los conocimientos teóricos necesarios, se iniciase y simultanease con el trabajo la especialidad formativa pertinente que permita celebrar este contrato.

Cierto es que el art. 11.2.a) ET admite el contrato para la formación en alternancia respecto de quienes «posean otra titulación siempre que no haya tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo o del mismo sector productivo». El desarrollo reglamentario precisará el alcance de esta regla, si bien cabría deducir que esta modalidad contractual podría ser celebrada por quienes ya cuentan con una titulación que ha resultado total o parcialmente infructuosa desde la perspectiva laboral, de modo que se admite un nuevo contrato para la formación con otro proceso formativo para reforzar la adquisición de competencias y mejorar las perspectivas de empleabilidad. Se trataría de una suerte de “segunda oportunidad formativa”, que desde luego supone una configuración particularmente flexible y dinámica del contrato para la formación. En esta línea, y si bien cada ciclo formativo, certificado de profesionalidad o itinerario sólo justifica un contrato de formación en alternancia como regla general, también se contempla la posibilidad de formalizar este contrato con varias empresas sobre la base del mismo proceso formativo si tiene por objeto actividades distintas vinculadas al ciclo, al plan o al programa formativo, siempre con el límite temporal máximo absoluto de duración de dos años [art. 11.2.h) ET].

Por consiguiente, los vasos comunicantes entre la actividad formativa y el contrato de formación en alternancia son particularmente intensos, como demuestra la duración del contrato, que se vincula al correspondiente plan o programa formativo, extendiéndose el tiempo necesario para la obtención de la titulación o certificación, con un mínimo de tres meses y un máximo de dos años. Sin embargo, y a diferencia de marcos normativos precedentes, se permite, en coherencia con esa finalidad formativa y siempre que esté previsto en el correspondiente plan o programa, la interrupción del período de prestación

de servicios para coordinar el trabajo con la formación, pues, como es sabido, los programas formativos, y más en la educación reglada, no se desarrollan durante el año completo.

No es de extrañar, así pues, que el contratado para esta modalidad deba estar sometido a una doble supervisión, pues no sólo habrá de designarse un tutor en la empresa, sino que también deberá realizarse una labor de tutorización en el centro educativo. Por supuesto, y como se desprende del art. 11.2.c) ET, el programa de formación ha de ser común, «elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras». El tutor de la empresa, más allá de que deba «contar con la formación o experiencia adecuadas para tales tareas», está encargado de «dar seguimiento al plan formativo individual en la empresa, según lo previsto en el acuerdo de cooperación concertado con el centro o entidad formativa», y este centro o entidad debe «garantizar la coordinación con la persona tutora en la empresa» (art. 11.2.d ET).

No conviene olvidar, en este contexto, y conectando con la LO 3/2022 , que la oferta de formación profesional en los Grados C, D y E, según prevé la nueva norma, habrán de contener formación dual, que debe organizarse «de manera que se garantice el desarrollo de los resultados de aprendizaje contemplados en cada formación entre el centro de formación profesional y en el centro de trabajo», de forma que tanto el centro educativo como la empresa son «corresponsables, actuando sobre la base de un acuerdo entre ellos respecto del desarrollo del contenido curricular y los resultados de aprendizaje que se trabajen conjuntamente» (art. 57.1 LO 3/2022). Esta corresponsabilidad, que supone en último término la responsabilidad de los centros educativos por una actividad formalmente laboral, es una novedad significativa y cuyas consecuencias futuras resultan inciertas.

En cualquier caso, y es conveniente insistir en ello, esa formación profesional dual o en alternancia prevista para los Grados D y E -y también para el C, fuera de la formación reglada- puede configurarse como general o como intensiva, y sólo en esta última modalidad nacerá un contrato de trabajo y con ello entrará en juego el art. 11 ET. En el caso de la modalidad general, el estudiante no se convierte en trabajador, y por tanto las prácticas se desarrollan en el exclusivo marco de la legislación educativa, aunque materialmente tengan lugar en la empresa y no en un centro educativo.

Sea cual sea la modalidad, es evidente que la coordinación entre la empresa y el centro educativo ha de ser permanente y muy intensa. Así lo pone de manifiesto el art. 11.2 ET para la actividad canalizada a través de un contrato de trabajo (formación dual intensiva), pues la ejecución del contrato de formación en alternancia no compete

exclusivamente al empleador, cuyos poderes de dirección y organización se encuentran sustancialmente mediatizados por el compromiso formativo. En efecto, el empresario «participa» (pero no es el impulsor ni el competente) en la elaboración de los «planes formativos individuales donde se especifique el contenido de la formación, el calendario y las actividades y los requisitos de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos» [art. 11.2.e) ET], plan formativo, por cierto, que debe incorporarse obligatoriamente al contrato, según el art. 11.4.c) ET. Además, el tiempo de trabajo efectivo «habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas en el centro de formación» [apartado i)] y la «actividad desempeñada por la persona trabajadora en la empresa deberá estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación laboral» [apartado c)], sin perjuicio de las ocasionales y puntuales encomiendas de tareas diversas siempre que supongan una porción mínima de la jornada laboral.

Estas previsiones deben complementarse con las contenidas en la LO 3/2022 . En particular, el art. 58.4 dispone que el período de práctica presencial no podrá desarrollarse a turnos o en período nocturno, salvo excepciones que deben contemplarse en el Plan Formativo y que, «en todo caso, deberán ser autorizadas por la administración competente». Además, el estudiante/trabajador debe disfrutar, como mínimo, de «un mes de vacaciones al año y un día y medio de descanso semanal», derechos que, por cierto, no se vinculan necesariamente a la celebración de un contrato para la formación, sino que tienen alcance general, por lo que afectan a todos los períodos de prácticas, ya se formalicen como contratos de formación en alternancia o como meras prácticas curriculares en el contexto de la formación dual general.

En el marco del contrato para la formación en alternancia, conviene asimismo detenerse en el límite de edad, pues es una modalidad dirigida a personas jóvenes, y en concreto a menores de 30 años [art. 11.2.b) ET]. Este límite, según parece deducirse de la literalidad de la fórmula legal, sólo opera cuando el contrato se suscribe en relación con certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, o de programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Por consiguiente, este límite de edad no es aplicable a los certificados de profesionalidad de nivel 3 o ciclos formativos y cursos de especialización de formación profesional (ni tampoco a estudiantes universitarios), para los que no parece regir ahora límite máximo de edad, en línea también con lo dicho sobre la “segunda oportunidad formativa”.

Respecto del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios -el antiguo contrato en prácticas-, es *conditio sine qua non* para su celebración la previa obtención del título correspondiente, requisito de titulación que no

se refiere exclusivamente a estudios universitarios, sino que comprende también los títulos «de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional », así como títulos equivalentes de «enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral» [art. 11.3.a) ET]. Dicho de otro modo, la relación entre la formación profesional y la actividad laboral en este contrato no es simultánea, sino sucesiva, porque la formación es previa a la celebración del contrato. Sea como fuere, el trabajador debe estar en posesión del título pertinente, pues, aunque el nuevo Sistema de Formación Profesional admita una configuración modular, lo determinante es la obtención del título, y no tanto la demostración de que se han adquirido las correspondientes habilidades y competencias.

Un segundo aspecto de relevancia es la eventual concatenación de las dos modalidades de contrato formativo previstas en el art. 11 ET, pues podría entenderse que la celebración de un previo contrato de formación en alternancia veda un contrato formativo posterior para la adquisición de práctica profesional. No en vano, el art. 11.3.b) ET no permite celebrar este contrato a «quien ya haya obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses», excluyendo únicamente los «periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita esta contratación». Voces autorizadas consideran que esta regla se refiere exclusivamente a las «prácticas curriculares», lo que impide concatenar el contrato para la adquisición de práctica profesional con las becas «(formación dual del RD 1529/2012 o prácticas no laborales del RD 1543/2012)» e incluso con el «contrato de formación en alternancia (de más de tres meses)»[17]. Desde luego, es pronto para asegurar que esa es la *voluntas legis*, aunque pudiera ser la *voluntas legislatoris*, pues, por un lado, no se acaba de apreciar bien cuál es la razón que justifica la limitación del contrato para la adquisición de la práctica profesional en la misma empresa en la que se desarrolló el contrato para la formación en alternancia, pero esa restricción no operaría en una distinta. Y, por otro, dentro del nuevo Sistema de Formación Profesional, y en particular en la modalidad dual intensiva, esas prácticas curriculares se desarrollarán en el marco de un contrato para la formación en alternancia, que desde luego no impedirá la ulterior contratación bajo la modalidad del art. 11.3 ET en la misma empresa.

En cualquier caso, este contrato para la adquisición de práctica profesional cuenta también con un componente formativo, porque el art. 11.3 f) ET alude a un «plan

[17] Cfr. M.A. BALLESTER PASTOR, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica,* MTES, Madrid, 2022, p. 40.

formativo individual en el que se especifique el contenido de la práctica profesional», así como a un «tutor o tutora que cuente con la formación o experiencia adecuadas para el seguimiento del plan y el correcto cumplimiento del objeto del contrato». El contenido de ese plan formativo no está precisado en la ley, ni ha sido objeto de desarrollo reglamentario. No parece, en cualquier caso, que conecte directamente con el Sistema de Formación Profesional, sino que más bien es una de esas manifestaciones de «formación en el trabajo» que la DA 4ª LO 3/2022 excluye del Sistema de Formación Profesional y que se desarrollan a partir de cauces internos de la empresa sin un marco jurídico demasiado claro.

En cualquier caso, no es una formación dirigida a obtener un título, sino más bien a conocer los procesos internos de la empresa y las demandas y requerimientos específicos del puesto de trabajo. Quizá a través del desarrollo reglamentario ese plan formativo pueda conectar con el Sistema de Formación Profesional, pero no tanto para permitir que el trabajador obtenga un título (pues de lo contrario esta modalidad mutaría a un contrato de formación en alternancia), sino más bien para que el trabajador pudiera acudir a un centro formativo a adquirir conocimientos parciales o modulares. Esa opción, no obstante, ahora mismo parece improbable, aunque no es claro qué papel juega esta clase de formación prevista en el ET, que no conecta directamente con el Sistema de Formación Profesional y que no parece llamada a integrarse en él, lo que da lugar a ciertas disfunciones.

Por ejemplo, el art. 11.3.e) ET dispone que a la «finalización del contrato la persona trabajadora tendrá derecho a la certificación del contenido de la práctica realizada», pero no se precisa ni quién ni cómo debe certificarse -en apariencia es labor del empleador-, ni tampoco si esa certificación conecta con el Sistema de Formación Profesional a efectos de incorporación a los pertinentes registros y de ser tomada en consideración en el futuro para, en combinación con otras, obtener un título. No parece complejo, en cualquier caso, encajar esta formación dentro de lo que la LO 3/2022 denomina «competencias profesionales adquiridas por la experiencia profesional u otras vías no formales o informales», aunque es necesario esperar al desarrollo reglamentario [art. 113.1.l) LO 3/2022]. En un sentido análogo, el art. 11.3.j) ET también remite al reglamento la determinación del «alcance de la formación correspondiente al contrato de formación para la obtención de prácticas profesionales, particularmente, en el caso de acciones formativas específicas dirigidas a la digitalización, la innovación o la sostenibilidad, incluyendo la posibilidad de microacreditaciones de los sistemas de formación profesional o universitaria», de modo que, en este contexto concreto, se conectan específicamente este contrato y el Sistema de Formación Profesional.

Algunas de las consideraciones anteriores pueden extenderse también a las actividades formativas que el ET contempla en el marco de los ERTE o del despido colectivo, dirigidas a recualificar o recolocar a los trabajadores afectados (arts. 47 , 47 bis y 51 ET y RD 1483/2012). Las acciones formativas o el plan de recolocación parecen competencia, en principio, de la empresa, y ni siquiera el RD 1483/2012 establece una conexión con la formación profesional, reglada o para el empleo. Es probable que en los numerosos desarrollos reglamentarios que se avecinan se establezcan explícitamente puntos de enlace entre el Sistema de Formación Profesional y todas esas situaciones de incertidumbre laboral, pues si el propósito del nuevo Sistema consiste en centrarse en las necesidades de la persona y proporcionar una formación a lo largo de toda la vida que facilite su empleabilidad, resulta incoherente hacer recaer sobre la empresa en dificultades el diseño de un modelo formativo pensado para el futuro de un trabajador que puede no permanecer en dicha empresa, que, por lo demás, dedicará sus esfuerzos a solventar sus propias dificultades y garantizar su viabilidad, relegando a un segundo plano su preocupación por el porvenir de los trabajadores cuyo contrato se extingue.

Cuestión distinta, desde luego, es la formación que puede recibir un trabajador, vigente su contrato, tanto para mejorar sus competencias y habilidades en aras de un mejor desempeño profesional en su puesto, como para incrementar las probabilidades de encontrar un empleo mejor. Esa es una formación que puede estar integrada dentro del entramado del Sistema de Formación Profesional, la modalidad que tradicionalmente se ha conocido como formación continua, aunque no cabe desconocer que en determinados sectores se han implantado estructuras formativas de gran éxito a lo largo de los años (*v.gr.,* Fundación Laboral de la Construcción), que progresivamente han ido convergiendo con la formación profesional para el empleo, a través de la colaboración con los servicios públicos de empleo y del diseño de cursos que permiten obtener el pertinente certificado de profesionalidad. Es razonable suponer que todas estas iniciativas, de una u otra manera, habrán de integrarse en el Sistema de Formación Profesional, pues es una formación que ha de ser igualmente acreditable y que, en esencia, encaja perfectamente en el propósito y objetivos de la nueva regulación.

Una modalidad muy particular de esta formación profesional continua, y compleja de articular y entender, es la prevista en los arts. 74 y 75, LO 3/2022, una fórmula algo ambigua en relación a sus objetivos y a la concreta implicación en la empresa, y que en esencia contempla programas formativos en empresas «dirigidos a personas que, disponiendo de un contrato de trabajo, deseen cursar el correspondiente programa manteniendo su estatus de trabajador». Se trata de programas en los que se otorga preferencia a quienes «hayan abandonado el sistema educativo sin haber obtenido titulación profesional alguna y cuya superación conduzca a un título de Técnico de

Formación Profesional», pero a continuación se dispone que «en los supuestos de contratos asociados a formación, se tendrá en cuenta que, cuando la persona contratada para la formación no haya finalizado la educación secundaria postobligatoria, la formación tendrá por objeto prioritario la obtención de un título de Técnico de Formación Profesional o, en su caso, un Certificado Profesional del mismo nivel», advirtiéndose que «durante el proceso de formación se mantendrá el estatus de trabajador, bajo la modalidad de contrato pertinente, de acuerdo con la normativa laboral aplicable». También se prevé que la «formación podrá tener una duración de hasta el doble de años de lo previsto, combinando, en una misma semana, el trabajo remunerado en la empresa u organismo equiparado y la formación en el centro correspondiente».

Con toda probabilidad, estos programas de formación, que requerirán de desarrollo reglamentario para concretar sus características, se diseñarán como una fórmula muy flexible a la que, en hipótesis, podrían acogerse principalmente dos colectivos distintos. Por un lado, personas que estén desarrollando ya una actividad laboral de baja cualificación y que desean obtener una titulación que mejore sus expectativas profesionales. Por otro, personas que, sin una cualificación previa, celebran un contrato para la formación en alternancia del art. 11.2 ET. En el primer caso, el compromiso de la empresa -que ha de suscribir el pertinente acuerdo de colaboración- parece menor, por muchas razones, pero sobre todo porque la formación del trabajador no se dirige a prestar servicios en esa empresa, ni el puesto de trabajo ha de tener relación directa con la formación teórica recibida. El propósito consistiría en mejorar las expectativas futuras del trabajador, por lo que la empresa deberá facilitar que el trabajador pueda realizar el seguimiento de la formación con aprovechamiento. Si esta fórmula verdaderamente se ajusta a los términos de los arts. 74 y 75 LO 3/2022 (dudoso, porque no es propiamente un «programa formativo en empresa», aunque sí encaja en la literalidad del art. 74.1 : «personas que, disponiendo de un contrato de trabajo, deseen cursar el correspondiente programa manteniendo su estatus de trabajador»), su éxito en la práctica no parece probable, por la falta de incentivos para que una empresa flexibilice la prestación de servicios en orden a que el trabajador obtenga una formación que no va a redundar en beneficio de ese empleador.

La segunda posibilidad es, en apariencia más atractiva, porque el programa formativo da contenido a la formación teórica necesaria en un contrato de formación en alternancia, dotando de coherencia al contrato en sí mismo. Es una vía adecuada para celebrar los contratos regulados en el art. 11.2 ET que no estén ligados a programas de formación dual, esto es, a la formación profesional reglada, y asimismo una fórmula que evita posibles riesgos a la empresa por la eventual descoordinación entre la práctica y la formación teórica recibida (pero en tal caso se trataría de un contrato de trabajo *ex novo*,

por lo que no es fácil dar sentido a la previsión legal que precisa que la persona «mantiene» su «estatus de trabajador»).

En último término, no conviene olvidar que estos programas formativos en empresas se encuentran regulados en la Sección 5ª, del Capítulo III (modalidades de la oferta de la formación profesional) del Título III (carácter dual de la Formación Profesional y modalidades) de la LO 3/2022, lo que supone, en esencia, que no habrían de ser las empresas y los trabajadores los que tomen la iniciativa, sino que serán los que se acojan a una oferta formativa elaborada por las Administraciones dentro de la formación profesional dual. De ahí que los concretos trabajadores destinatarios y las empresas afectadas se identificarán en dichas ofertas, que precisarán las condiciones concretas en cada supuesto. Dicho de otro modo, los arts. 74 y 75 LO 3/2022 no están contemplando la posibilidad de que un trabajador acuda al Sistema de Formación Profesional en el momento que lo desee y comprometa a su empleador en esa formación, sino que están regulando una concreta oferta de formación profesional en alternancia a la que, en su caso, podrán acogerse un empresario y un trabajador.

VI. ELEMENTOS DE INCERTIDUMBRE: LAS NUMEROSAS LLAMADAS AL DESARROLLO REGLAMENTARIO, LOS EXTENSOS PERÍODOS TRANSITORIOS, LA COORDINACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES Y LA IMPLICACIÓN DE EMPRESAS Y RESPONSABLES DE CENTROS EDUCATIVOS

Como se ha visto en las líneas precedentes, la LO 3/2022 pretende cambiar el modelo de formación profesional, apostando por la integración de los distintos subsistemas precedentes en uno único, más moderno y centrado en la persona, concediendo a las empresas un protagonismo mucho mayor, que viene acompañado asimismo de obligaciones más intensas, toda vez que la formación profesional dual, al menos en su modalidad intensiva, aspira a que las estancias en prácticas se articulen a través de un contrato de trabajo, dejando atrás el sistema de becas que venía empleándose en el modelo anterior. Es, a la postre, un propósito ambicioso que, como es habitual, requiere la modificación de estructuras muy asentadas y, en cierto modo, un cambio cultural, lo que explica la prudencia del legislador, que consciente de que la nueva ordenación de las enseñanzas regladas requerirá tiempo, introduce reglas transitorias que supondrán la pervivencia -y temporal coexistencia- entre las viejas y las nuevas modalidades formativas.

En ocasiones, esa sustitución de unas estructuras por otras no viene acompañada de un plazo límite, sino que es menester esperar a la aprobación de las normas correspondientes (DT 2ª , sobre ordenación de enseñanzas, y DT 3ª , acerca del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales), mientras que en otros supuestos sí

se fija esa fecha final, pero con un margen tan amplio que evidencia las dificultades que prevé el propio legislador para poner en marcha el nuevo Sistema. No en vano, se «habilita» un período transitorio hasta final de 2024 «para la adecuación de la duración actual del periodo de formación en empresa al previsto en la presente ley para cada una de las ofertas de Formación Profesional» (DT 6ª LO 3/2022), y otro mucho mayor, hasta el 31 de diciembre de 2028, «para la transición del sistema de beca para la formación profesional dual […], al contrato de formación previsto en la presente ley (DT 5ª LO 3/2022).

Por consiguiente, el Sistema de Formación Profesional, tal y como está diseñado en la LO 3/2022, todavía no existe, y por ello los instrumentos de empleo, como el Plan Anual de Política de Empleo para 2022[18], siguen refiriéndose a la formación profesional para el empleo, al igual que sucede con la normativa sobre formación profesional reglada, cuyos nuevos desarrollos no conectan todavía con ese nuevo Sistema[19], que va a requerir largo tiempo para su implantación, amén de numerosos reglamentos (más de veinte) antes de que pueda encontrarse plenamente operativo.

En este sentido, la DF 5ª encomienda al Gobierno la elaboración de un calendario de implantación, advirtiendo que la puesta en marcha del nuevo Sistema podrá requerir hasta cuatro años. Por lo pronto, ello exigirá notables esfuerzos interpretativos, porque la LO 3/2022 ha entrado efectivamente en vigor -el 21 de abril de 2022-, y ha procedido a derogar normas precedentes, pero con una técnica legislativa muy deficiente. Como muestra, su DD Única, en el apartado 2 , deroga «cuantas disposiciones de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral se opongan a lo establecido en la presente ley». Esa es una fórmula no demasiado precisa, y que dificulta sobremanera la determinación de su sentido y alcance, pero la complejidad se incrementa a continuación cuando se permite al Gobierno «modificar» las disposiciones de esa Ley 30/2015 «que se vean afectadas por esta disposición derogatoria». No está claro si el legislador ha procedido a una deslegalización de las partes de la Ley 30/2015 que permanecen en vigor por no oponerse a la LO 3/2022 , o si está permitiendo que el Gobierno modifique las disposiciones «afectadas» por esta última norma, es decir, las ya derogadas, lo que jurídicamente es extraño, porque una disposición derogada es expulsada del

[18] Vid. Resolución de 26 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2022, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

[19] A modo de ejemplo, vid. Real Decreto 272/2022, de 12 de abril, por el que se establece el Marco Español de Cualificaciones para el Aprendizaje Permanente.

ordenamiento y no puede ser «modificada». No parece, en ningún caso, que el legislador esté permitiendo al Gobierno modificar las normas con rango legal que permanecen transitoriamente en vigor hasta la implantación efectiva del Sistema de Formación Profesional, pues una previsión de esa índole habría requerido una ubicación y una formulación más generales y de mucha mayor claridad en el lenguaje.

La incertidumbre es elevada, pues no puede ofrecerse una visión realista y completa del Sistema de Formación Profesional mientras no se completen todos los desarrollos reglamentarios, que previsiblemente se demorarán años. Por supuesto, ello genera también dificultades de articulación con la normativa laboral, y en particular con los contratos formativos, porque el art. 11 ET tiene una estrecha conexión con la formación profesional, pero no puede acomodarse del mismo modo a dos regulaciones tan distintas como la previa y la posterior a la LO 3/2022 . Seguramente, el eventual desarrollo reglamentario del art. 11 ET podría efectuar los pertinentes ajustes, pero todavía no se ha producido. Entre tanto, el encaje del contrato de formación en alternancia con la formación profesional dual intensiva, cuyo período de prácticas debe formalizarse, precisamente, a través de esa modalidad contractual, no resulta sencillo.

Por ejemplo, no está claro cómo han de encajar las nuevas normas respecto del Grado C --de certificados profesionales-- en la contratación formativa, pues la referencia legal del art. 11.3.a) ET a los «certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional », parece pensada para ellos, pero mientras no cuenten con un contenido normativo no es fácil articular ese art. 11 ET con un Grado C de formación profesional que todavía no es operativo, ni cuenta con una equivalencia clara en el sistema anterior. En la misma línea, este tipo contractual parece el pertinente respecto de los procesos formativos de personas de hasta treinta años en el «marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo», pero habrá precisar cómo se articulan estos programas en el futuro. En suma, aunque desde luego no es esa la intención, pueden encontrarse puntos de fricción entre la LO 3/2022 y el art. 11 ET en tanto no se implante completamente el Sistema de Formación Profesional y el art. 11 siga remitiendo a la normativa de formación profesional precedente.

Al margen de estos aspectos vinculados a la implementación paulatina del nuevo Sistema, conviene tener presente que el éxito del modelo dependerá en buena medida de la coordinación e implicación de todos los agentes implicados. Como ya se ha indicado, la formación reglada es competencia de las administraciones educativas, y las CCAA desempeñan un papel trascendental. En cambio, la formación profesional para el

empleo es competencia de la administración laboral, y en ella participan decisivamente el Ministerio de Trabajo, los servicios públicos de empleo y también las organizaciones sindicales y patronales. La integración de ambos subsistemas en el nuevo Sistema de Formación Profesional genera ciertas dudas sobre el papel de cada uno de esos sujetos, que deberán asumir funciones parcialmente distintas, o cuando menos habrán de coordinarse y colaborar si se pretende que el centro del Sistema sea la persona y no la oferta formativa. De hecho, las llamadas a la coordinación entre los Ministerios de Trabajo y Educación son recurrentes en la norma, y de su correcta articulación depende, en buena medida, el éxito del nuevo Sistema, si bien la LO 3/2022 ha tenido su germen en el Ministerio de Educación y no está claro hasta qué punto ha influido el Ministerio de Trabajo, y tampoco cabe minusvalorar las dificultades que a buen seguro se generarán en el ámbito autonómico, decisivo en la implantación y gestión de la formación profesional reglada.

Además de la imprescindible coordinación -también con el subsistente Sistema Nacional de Empleo-, la efectividad del nuevo modelo exige del compromiso -y cabría decir incluso la entrega- de actores distintos, como los docentes, los profesionales de la formación para el empleo, las administraciones, los sindicatos y organizaciones patronales, los trabajadores y, muy significativamente, las empresas, y el grado de implicación de todos ellos es difícil de predecir, máxime si tampoco se conoce la existencia y, en su caso, intensidad de los incentivos. Los centros educativos, como ya se ha indicado, asumirán novedosas responsabilidades -corresponsabilidad- relativas a la contratación laboral de los estudiantes, mientras que las empresas deberán asumir mayores costes, porque el contrato de formación en alternancia es más oneroso económicamente que las prácticas no laborales y además se les exige que asuman también corresponsabilidad en el diseño e implementación de los planes formativos de las personas en formación. Es previsible, por tanto, que se incrementen las reticencias a los programas de formación dual intensiva, con el lastre que ello supondría para la consecución de los objetivos de la reforma. También es posible, por supuesto, vencer esas reticencias eliminando responsabilidades individuales de los docentes e incentivando económicamente a las empresas, pero todo ello requiere un soporte normativo y económico por ahora inexistente.

En apariencia, durante la primera etapa de implantación del Sistema de Formación Profesional es probable que se apueste más por la concienciación y el cambio cultural que propiamente por las actuaciones inspectoras y sancionadoras, máxime cuando los datos de utilización de contratos formativos demuestran el escaso compromiso de las empresas con la formación, pues esas modalidades contractuales han sido mucho más utilizadas cuando el peso formativo era menor y se priorizaba la inserción laboral de los

jóvenes a través de una modalidad contractual temporal con menores cargas económicas que un contrato ordinario[20]. El cambio de modelo, tanto en contexto de la formación profesional como en el de los contratos formativos, verá su eficacia reducida sin la imprescindible colaboración empresarial.

Y todo ello sin olvidar que la DA 2ª del RDL 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, contempla la aprobación de un «Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las practicas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales», figura que, dependiendo de cómo se articule, podría perjudicar notablemente la efectividad y utilización de las ofertas de formación dual propias del Sistema de Formación Profesional, así como de los contratos formativos, máxime si se admite una vía de prestación de servicios profesionales menos costosa para las empresas en términos económicos y de gestión. Por supuesto, ese «Estatuto del Becario» no estaría regulando una nueva modalidad, porque en esencia supondrá una actualización del RD 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas . No obstante, parece razonable que esas «prácticas no laborales» y esos «becarios» no queden al margen del Sistema de Formación Profesional, toda vez que, como indica el propio RD 1543/2011 , se exigen a la empresa compromisos formativos certificables, con una labor relevante de los servicios de empleo. Resultaría un contrasentido que esta clase de «acciones y medidas de políticas activas de empleo» (art. 2 RD 1543/2011), dirigidas a jóvenes con problemas de empleabilidad, quedaran al margen del Sistema de Formación Profesional.

[20] Un repaso de la correlación entre carga formativa y desuso de la contratación formativa en B. CUETO IGLESIAS y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El sistema de formación de trabajadores y parados en el proceso de recualificación,* Informe anual España 2022, Universidad de Comillas, 2022 (en prensa).

LAS DIFICULTADES EN LA CONFIGURACIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL EN EL MARCO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES: EL ANTECEDENTE DE LOS FACTORES INDICIARIOS DE LABORALIDAD EN EL TRANSPORTE [*]

Por

CARLOS ARROYO ABAD
Profesor Dr. Derecho del Trabajo
Universidad Camilo José Cela

carroyo@ucjc.edu

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: El mercado de trabajo, como la sociedad en su conjunto, ha venido experimentando, en los últimos años, unos profundos cambios fruto de la tecnificación de los cauces de prestación de servicios. El empleo de plataformas digitales, en un marco de prestaciones off line y on line se ha incrementado exponencialmente sin, con ello, ir acompañado de una reordenación del marco jurídico. La ausencia de tal marco, unido a las constantes resoluciones judiciales que, de forma progresiva tienden al reconocimiento de la laboralidad, fortalecen la idea de una necesaria actuación que de seguridad jurídica y haga frente a la precarización en la que se encuentran, gracias al vacío legal, muchos de los prestadores de servicios con plataforma, sean trabajadores por cuenta ajena o trabajadores por cuenta propia.

PALABRAS CLAVE: dependencia; plataforma digital; relaciones laborales; trabajador 3.0.

SUMARIO: I. Introducción.- II. La transformación tecnológica del mercado y los nuevos modelos de negocio en el entorno digital.- III. La relevancia de la evolución del modelo regulatorio del transporte: desde la oscilación jurisprudencial sobre la naturaleza de la prestación de servicios hasta la reforma estatutaria de 1994. ¿Un modelo a seguir?.- IV. Factores indiciarios de la dependencia en el trabajo con plataforma digital.- V. Factores indiciarios de la ajenidad en el trabajo con plataforma digital.- VI. Hacia una necesaria reformulación del marco regulatorio.- VII. Reflexión final.

IT MADE THE NECESSARY CONFIGURATION OF A NEW FRAMEWORK OF LABOR RELATIONS IN THE FRAMEWORK OF WORK THROUGH DIGITAL PLATTFORMS: THE BACKGROUND OF INDICIARY FACTORS OF EMPLOYMENT IN TRANSPORT

[*] Proyecto de Investigación “Consideraciones en torno a los derechos fundamentales frente a los retos productivos y sociales en la era digital” - DEFSOD 21-22.

ABSTRACT: The labor market, like society as a whole, has been undergoing profound changes in recent years as a result of the technification of service provision channels. The use of digital platforms, in a framework of offline and online services, has increased exponentially without, however, being accompanied by a reordering of the legal framework. The absence of such a framework, together with the constant court rulings that are progressively tending towards the recognition of employment status, strengthen the idea of the need for action to provide legal certainty and to tackle the precariousness in which many service providers with a platform, whether they are employees or self-employed, find themselves, thanks to the legal vacuum, many platform service providers, whether employed or self-employed.

KEYWORDS: dependence; digital plattforms; labor relations; employee 3.0.

SUMMARY: I. Introduction.- II. The technological transformation of the market and new business models in the digital environment.- III. The relevance of the evolution of the transport regulatory model: from the jurisprudential oscillation on the nature of the provision of services to the 1994 statutory reform. A model to follow?.- Indicative factors of dependence in digital platform work.- V. Indicative factors of the outside employment in digital platform work.- VI. Towards a necessary reformulation of the regulatory framework.- VII. Final reflection.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, en paralelo al desarrollo del trabajo 3.0, ha surgido un debate aún no cerrado en torno al reconocimiento de la laboralidad de los trabajadores encuadrados en el *crowdwork off line.* Tal debate no deja de reconocer la necesaria protección que requieren los *crowdworkers,* si bien en un marco de profundos cambios económicos que ponen en entredicho el marco legal actual[1].

El debate ha oscilado, originariamente, entre aquellos que entienden que nos encontramos ante unas actividades profesionales concertadas con las empresas titulares de las plataformas digitales, con relación a aquellos que entienden que nos encontramos ante unas actividades laborales que, en la actualidad, en numerosas ocasiones, se vienen a camuflar a través de falsos autónomos. Dentro de esta segunda opción, y ya en aquellas áreas en las que se ha ido a un proceso de laboralización (véase en el caso de empresas de reparto), se abren paralelos debates, como los relativos a la coherencia en el encuadramiento dentro del marco regulatorio común o la adecuación de los procesos de externalización de los servicios a través de terceras empresas[2].

Con relación a los dos primeros criterios en confrontación, se han dictado distintas resoluciones judiciales en uno y otro sentido, si bien, las más recientes tienden al

[1] TODOLI SIGNES, A. "The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers" International Journal of Comparative Labour Law and industrial Relations, 2017, núm. 33, 2.

[2] Y es que el coste en la rescisión de una contrata cuando una parte del proceso productivo no es rentable, es más económico que la extinción de la actividad en una parte de la empresa. CALVO RODRÍGUEZ, E., La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, Tesis doctoral, Valencia, 2017. Disponible en: https://roderic.uv.es/handle/10550/61337.

reconocimiento de la laboralidad (véase, la evolución desde la resolución de la *Fair Work Commission* de Australia, de 21 de diciembre de 2017, a través de la cual, se venía a considerar a los conductores de UBER como profesionales y no trabajadores asalariados, a la sentencia núm. 374 de la Corte de Casación francesa, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 2020 que viene a considerar lo contrario a lo reconocido por el tribunal australiano). En el marco español y más allá del modelo UBER, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social[3], se ha pronunciado reconociendo la laboralidad de los *riders* de la empresa Deliveroo, en términos semejantes a los empleados por el mismo Tribunal para reconocer un año antes[4], la laboralidad de la prestación de servicios de los repartidores de Glovoo. Con todo, la persistencia en la controversia sobre la calificación jurídica de los repartidores de plataformas ha terminado por ser resuelta por el Tribunal Supremo, en ratificación de los criterios esgrimidos por el TSJ[5], en sentencia de 2020.

Pese a lo expuesto, estos criterios, no pueden reconducirnos a una valoración genérica de la laboralidad hacia toda actividad fundada en el empleo de plataformas digitales, pues como podemos ver en los fallos antes enunciados, éstos se focalizan en el colectivo de los repartidores. Así, hemos de tomar en consideración varios elementos:

- Hablar de trabajador 3.0 no entraña un análisis exclusivo de las figuras de Uber, Glovo o Deliveroo. Éstas son empresas cuya actividad de reparto se ha venido a articular a través de una plataforma digital como herramienta tecnológica, ahora bien, la diversidad de actividades económicas que pueden articularse a través de tal plataforma digital es a fecha de hoy, desconocida, en tanto no dejamos de encontrarnos en una fase incipiente dentro de la actual revolución tecnológica. Con ello, no se puede, *per se*, asimilar todo empleo de plataforma digital al trabajo de reparto, como tampoco se puede asimilar de forma genérica la condición, trabajador 3.0, a la condición de trabajador asalariado.

- Aun centrando el debate en los modelos empresariales enunciados con anterioridad, estos modelos de negocio tecnológico implican la presencia de una innovación de carácter disruptivo, que puede extenderse a otras áreas de negocio. De hecho, estamos ante modelos que no necesitan corresponderse a un segmento exclusivo de actividad. Baste considerar como la aplicación UBER no ha entrado de momento en el ámbito del transporte colectivo, tanto de pasajeros como de mercancías, sino ha centrado su acción en segmentos inferiores, como

[3] Tribunal Superior de Justicia de Madrid: STJMAD de 17 de enero de 2020, rec. 1323/2019.

[4] Tribunal Superior de Justicia de Madrid: STJMAD de 19 de septiembre de 2019, rec. 195/2019.

[5] Tribunal Supremo: STS de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019.

son el transporte de mercancías a través de la aplicación “UberRush” y el transporte de pasajeros a través de la aplicación “UberPop”. ¿Qué imposibilita una evolución desde un segmento bajo a segmentos de clientes medios y altos? ¿Qué impide su entrada en el ámbito del transporte colectivo? ¿Cómo pasaría ello a afectar a la naturaleza de la prestación de servicios sobre el actual marco de reconocimiento de laboralidad en el área de reparto a través de plataforma?

- Las afirmaciones que acabamos de realizar nos reconducen directamente a un tercer problema, cuál es la ausencia de un marco regulatorio global más allá del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo que garantiza los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales . Esta norma que nos lleva a una modificación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aporta una solución parcial en un doble sentido pues, por un lado, sólo afecta a las actividades de reparto o distribución de productos y mercancías y por otro lado no tiene presente las dificultades que puede suponer el vuelco del marco jurídico general a las actividades articuladas a través de plataformas digitales.

- El problema viene por tanto en como poder configurar un marco regulatorio que aporte, por un lado, seguridad jurídica pero que al mismo tiempo no dificulte u obstaculice el desarrollo productivo (baste recordar el abandono de Deliveroo en su actividad en territorio nacional), más cuando nos encontramos ante actividades que, si bien se corresponden a un marco espacial concreto (no estamos debatiendo sobre el crowdwork on line sino sobre un crowdwork off line) se enmarcan en modelos productivos a escala global que operan bajo un mismo *modus operandi* en distintos países.

Ante lo expuesto, mi propósito no va de la mano de analizar una posible solución unívoca a la determinación del marco regulatorio para el trabajo realizado a través de plataforma digital, sino hacer una propuesta amplia que pasa, en primer lugar, por confrontar la problemática actual de encuadramiento con un proceso semejante, salvando las diferencias, vivido en el marco de otra área de actividad: el transporte terrestre por carretera.

El por qué acudir al transporte terrestre por carretera obedece a dos razones:

En primer lugar, al igual que ocurre con el trabajo a través de plataformas digitales, el transporte se articula como una herramienta en un marco de producción, y no como un modelo empresarial o productivo único. No se trata de asimilar el transporte a un mero medio de reparto pues ello excluiría ya el debate a

partir del marco regulatorio ya enunciado, sino confrontarlo en su exclusiva valoración de herramienta.

En segundo lugar, porque ha vivido un proceso regulatorio convulso que oscilaba entre la laboralidad y extralaboralidad. Por tanto, un proceso con grandes semejanzas al debate que se ha venido a vivir hasta nuestros días, sobre el trabajo a través de plataforma digital. A este respecto, la actividad del transporte se enfrentó a un importante proceso de conflictividad resuelto en la jurisdicción social, en una primera etapa y con ausencia de marco regulatorio específico, a favor de la laboralidad de la prestación de servicios. Fue una fase que, a partir de 1986, al igual que en la actualidad, fue dando prevalencia a la protección a los derechos del transportista bajo el reconocimiento de existencia de dependencia jurídica. El cada vez más generalizado reconocimiento de laboralidad, pasó, sin embargo, a verse compensado con un ulterior marco regulatorio que terminó por resolver el conflicto generado en torno a la laboralidad de la prestación de servicios, trazando unos límites más allá de los cuales, la relación pasaba a ser profesional.

Dado lo expuesto, el presente artículo se centrará en tres ideas.

En primer lugar, y con carácter introductorio, reconocer los elementos determinantes del *crowdworking* y fijar las diferencias entre una prestación *off line* y una prestación *on line*.

En segundo lugar, repasar la evolución vivida por el transporte terrestre, desde la sentencia del Tribunal Supremo 263/1986[6] hasta la reforma de la norma estatutaria a través de la Ley 11/1994, de 19 de mayo [concretamente en lo referente a la inclusión del párrafo segundo dentro del apartado g) del art. 1.3]. Ello, con vistas a entender la similitud del proceso con el trabajo con plataforma.

En tercer lugar, incorporar una propuesta amplia en la configuración del marco regulatorio mixto que pase tanto por el desarrollo de relaciones laborales especiales y un específico marco de exclusión de laboralidad dentro del art. 1.3 del Estatuto de los Trabajadores; como por el desarrollo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo , todo ello sobre la premisa de una específica conceptualización de la dependencia tecnológica.

[6] Tribunal Supremo: STS de 26 de febrero de 1986.

II. LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA DEL MERCADO Y LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO EN EL ENTORNO DIGITAL

Es innegable la transformación que, desde hace unos años, se viene a dar en el seno de las estructuras del mercado. Tal transformación, ha dado sus primeros pasos de la mano de una reconfiguración del Estado de Bienestar, una globalización de la económica y una revolución tecnológica. La llamada "nueva economía" o economía digital, se viene a sustentar gracias a Internet, por un lado, en los mercados virtuales y sus plataformas de comercio electrónico (relación entre empresas [B2B] y relaciones entre proveedores-clientes) como por otro lado, en la creación de comunidades virtuales de clientes o usuarios de Internet, no focalizados en un ámbito territorial cerrado.

No se puede negar que el propio consumidor ha actuado como agente en el cambio del panorama económico, en tanto el cambio en la manera de actuar de los perceptores de bienes y servicios lleva aparejado el cambio en los prestadores de los mismos. Aquellas empresas, por lo general grandes empresas, que presentan una mayor capacidad de adaptación e inversión en el entorno digital se transforman en las grandes beneficiadas de la globalización[7].

Dado que ningún proceso de profunda transformación se ha vivido hasta la fecha de forma absolutamente pacífica (recordemos al ludismo, entre los movimientos sociales surgidos ante el temor de la pérdida del trabajo en los albores de la primera revolución industrial[8]), cabe preguntarnos cómo seremos capaces de adaptarnos al incipiente desarrollo económico y sus efectos sobre el mercado de trabajo. Ello, más cuando estamos ante un modelo de prestación de servicios prácticamente inexistente hasta fechas relativamente recientes.

Y es que, según la encuesta COLLEM, que aporta datos de 14 Estados Miembros de la UE sobre el impacto en el volumen de la población trabajadora en las plataformas digitales[9], se estima que un promedio del 11,6% de la población adulta española ha recurrido alguna vez a las modalidades online de trabajo en plataformas (si vamos a una prestación de servicios frecuente, el nivel se reduce a menos del 10%).

---

[7] SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. "Reflexiones sobre los efectos de la globalización económica en los entes de economía social. Especial Referencia a la novedad de las cooperativas digitales". Lex Social, vol. 7 núm. 2/2017, p. 253.

[8] El movimiento que Ned Ludd fundó a comienzos del siglo XIX y que se materializó en las protestas que durante el primer cuarto de siglo se tradujeron en la destrucción de telares industriales.

[9] PESOLE, A., URZI BRANCATI, M.C, FERNÁNDEZ-MACÍAS, E., BIAGI, F., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, I., *Platform Workers in Europe Evidence from the COLLEEM Survey*, Publications Office of the European Union, 2018.

Si se analiza en cifras absolutas, el número de trabajadores en España cuya fuente principal de ingresos son sus servicios en plataformas ascendía a 694.000 personas en 2017, cifra no desdeñable que se ha visto incrementada en los últimos años y seguirá aumentando exponencialmente en un periodo relativamente corto.

Este proceso va de la mano de los efectos que sobre el mercado de trabajo han generado sucesivas crisis económicas, aunque de orígenes diversos (crisis económica, crisis sanitaria y crisis energética); han desembocado en una precarización de las condiciones laborales, pese a los múltiples intentos de aportar estabilidad al mercado a través de diversas reformas legales (véanse, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo , o el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad para el empleo y la transformación del mercado de trabajo).

De forma paralela, han ido surgiendo con fuerza nuevas formas de trabajo fundadas en el autoempleo y el emprendimiento. Figuras estas que no han florecido de forma autónoma, sino apoyadas en el reconocimiento por parte de los ordenamientos nacionales, de las recomendaciones o programas articulados por organismos europeos. Véase, entre otros:

- Programa Marco de la Unión Europea para el Empleo y la Política Social, de la Comisión Europea (fijado para el periodo 2014-2020), como el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, de 4 de marzo de 2021. Tanto el Programa, inicialmente, como posteriormente el Plan, persiguen una modernización del mercado laboral.

- Resolución del Parlamento Europeo de 10 de septiembre de 2015, sobre emprendimiento social e innovación social en la lucha frente al desempleo[10].

- Resolución del Consejo Europeo de 7 de diciembre de 2015.

En este marco, cobran especial relevancia nuevas aplicaciones tecnológicas y plataformas digitales como "*Upwork*" (surgida de la unión de *Elance* y *oDesk*), la cual posibilita la relación entre empresas y trabajadores de países distintos[11]. Resulta obvio que el desarrollo de plataformas digitales, como la reseñada, diseñadas específicamente para la prestación de servicios, permite el desarrollo del trabajo, bajo un nuevo modelo

[10] "(…) las empresas de la economía social y solidaria, que no necesariamente tienen que ser organizaciones sin ánimo de lucro, son empresas cuyo principal objetivo es la realización de su objeto social, (…)".

[11] OIT. Informe para la discusión en la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo. Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, Ginebra, 2015, pp. 4-5.

denominado "trabajador 3.0[12]". Sobre este modelo de trabajador es sobre el que se viene a plantear uno de los debates jurídicos más relevantes en la actualidad, que no es otro que determinar la naturaleza que tendrá su prestación de sus servicios lo que se traduce en el grado de protección que tendrán sus derechos y en el marco de seguridad jurídica en el que se desenvolverá su prestación de servicios. A partir de ello, ¿debe reconfigurarse las notas definitorias del trabajo asalariado o, por el contrario, podemos seguir con el marco regulatorio actual, atemperada su interpretación de la mano de criterios indiciarios de laboralidad?

Es esencial entender que nuestro debate no va hacia el área concreta de los repartidores a través de plataforma, pues tal debate se encuentra "teóricamente" ya resuelto legal y jurisprudencialmente. Nuestro análisis debe ser más amplio, extendiéndolo a otros campos con empleo de plataforma digital. Para ello, tendríamos que partir de un interrogante. ¿Podemos seguir flexibilizando la dependencia? Y es que, como señala Eduardo Rojo[13], la nota de dependencia se ha flexibilizado en una sociedad postindustrial, en la que las innovaciones tecnológicas han posibilitado la instauración de sistemas de control digitalizados y donde, el método indiciario, es más oportuno para identificar la concurrencia de una relación laboral. Dar respuesta a este interrogante será esencial para valorar el marco de encuadramiento de los trabajadores que presten sus servicios en el marco de los nuevos modelos de negocio, haciendo uso de las plataformas digitales.

En lo que concierne a los nuevos modelos de negocio en el entorno digital, el modelo de economía bajo demanda, en contraposición a los criterios tradicionales de prestación de servicios a través de trabajadores en plantilla con jornadas de trabajo cerradas, se entiende como un modelo a través del cual, mediante el uso de plataformas tecnológicas, podemos contar con grupos de prestadores de servicios a disposición del consumidor y sus concretas necesidades. No podemos obviar, sin embargo, que más allá de la incidencia tecnológica, la expresión reconocida para este modelo de negocio no es nueva por lo que pese a haber sido mayoritariamente acogida por la doctrina, otro sector de la misma, de forma más minoritaria, ve más conveniente sustituirla por la expresión "economía de igual a igual" o "*peer to peer economy*", término que elude la

[12] Frente al teletrabajo, en el que el trabajador queda sometido a una relación laboral, el trabajador 3.0, constituye una modalidad de trabajo a distancia ajena a la presencia de un empleador al que responder. BALADAN, F. y HERNÁNDEZ VALERA, J. "Nuevas manifestaciones del relacionamiento laboral: E-Recruiting, reputación digital, trabajo 3.0 y relaciones laborales en la economía colaborativa". 16º Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID 2016, p. 150.

[13] ROJO TORRECILLA, E. "¿El final (judicial) de la saga Deliveroo? A propósito del auto del TS de 18 de mayo de 2021 (y breve recordatorio del conflicto en instancia y suplicación). Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/el-final-judicial-de-la-saga-deliveroo.html

presencia de la empresa, poniendo en plano de igualdad al prestador del servicio y al pagador.

El problema que tal expresión lleva aparejada, sin embargo, es que procedería a justificar a aquellos que niegan la existencia de una dependencia jurídica y que por tanto sitúan este modelo de trabajo, exclusivamente en el ámbito del autoempleo.

Podemos diferenciar tres modelos de economía bajo demanda:

- La economía colaborativa o *sharing economy.*

- El *crowdsourcing online.*

- El *crowdsourcing offline.*

La economía colaborativa, también conocida como "economía de alquiler"[14] persigue la explotación de bienes personales infrautilizados[15], razón por la que la utilización del bien compartido se configura como la clave de este modelo económico que transforma a sus propietarios en micro emprendedores.

En tanto, para el presente supuesto, el intercambio no gira en torno a una prestación de servicios sino entorno a un bien, lo que supone una posición de poder para el titular del mismo, parecería obvio entender que la prestación resulta en todo ajena al ordenamiento laboral. Esta exclusión clara, sin embargo, ha de ser matizada en cuanto a un posible reconocimiento de la actividad, como profesional o empresarial. Tal reconocimiento llevaría aparejado el cumplimiento de las obligaciones sociales y tributarias que derivaran del desarrollo de la misma.

El *crowdsourcing* o *crowdwork* a diferencia de la economía colaborativa, encuentra su fundamento en la prestación de un servicio, el cual se llevará a cabo de forma descentralizada a través de un llamamiento o convocatoria. Sobre esta base, las actividades que integran el *crowdsourcing* se englobarán sobre tres pilares, a saber:

- Modalidad de presencia.

- Grado de competencia.

- Modalidad de actividad.

[14] RAVENELLE, A. "Microentrepreneur or Precariat? Exploring the Sharing Economy through the Experiences of Workers for Airbnb, Taskrabbit, Uber and Kitchensurfing". First International Workshop in Sharing Economy (4 y 5 de junio de 2015). Copernicus Institute of Sustainable Development, Utecht University, Holanda, 2015.

[15] TODOLI SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 4.

En lo que respecta a la presencia, diferenciaremos entre aquellas actividades que requieren de una presencia física y aquellas actividades cuya realización puede llevarse a cabo de forma absolutamente virtual.

En cuanto al grado de competencia, diferenciaremos entre las actividades que se ofertan de forma global (por lo que el grado de competencia es absoluto al poder optar cualquier trabajador con independencia del lugar del mundo en el que resida) y el de las actividades que se ofertan de forma local.

El primero de los supuestos conforma un auténtico revulsivo frente a las garantías reconocidas por los ordenamientos laborales nacionales lo que llevaría aparejada la necesidad de entrar en un nuevo debate de compleja solución en la actualidad.

Por último, en lo que respecta a las modalidades de actividad llevadas a cabo por las empresas, habría que diferenciar las plataformas destinadas a la realización de actividades genéricas (véase *Amazon Turk o Clikwork*), donde las plataformas actúan como meros tablones de anuncios, frente a las plataformas destinadas a la realización de actividades específicas.

El desarrollo de una actividad física, local y articulada sobre una plataforma de actividad específica vendría a traducirse en el criterio más próximo al observado por una empresa tradicional, toda vez que las potestades de organización y control de la prestación son superiores. Dicho de otra forma, nos posicionaría ante el supuesto donde resulta más controvertida la determinación de la naturaleza de la prestación.

Es justamente el caso de *Helplig*, para la limpieza del hogar, o de *Uber*, para el transporte de pasajeros.

El *crowdwork online* se articula sobre una plataforma virtual a través de la cual se interrelacionan una multitud de sujetos, tanto empresarios como trabajadores en condición de micro emprendedores, los cuales formalizan una multiplicidad de contratos. Esta multiplicidad de relaciones (en ningún caso planteamos diversidad de sujetos en torno a una única relación) serán llevadas a cabo en el ciberespacio, por lo que no requerirán de un lugar físico concreto de ejecución[16].

En lo que respecta a la compensación por la prestación de servicios, la misma podrá derivarse de una actividad voluntaria (un ejemplo por todos conocido lo constituye la enciclopedia *on line* Wikipedia) o de una actividad remunerada, derivando en este último caso, el factor de remuneración, de la concreta ejecución del dar-hacer. No estamos por tanto ante un modelo de prestación por unidad de tiempo, más cuando el factor temporal puede resultar de duración extremadamente reducida.

[16] FELSTINER, A. “Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry”. Berkeley Journal of Employment and Labor Law, núm. 32 (1), 2011, p. 146.

En lo que respecta a la compensación por unidad de obra (destajo), puede incluso verse condicionada, sobre el principio de autonomía de la voluntad de las partes, a la presencia de un concurso, razón por la que de los llamados a participar en el *crowdwork online,* sólo se remunerará al primero que consiga finalizar la prestación del servicio, quedando el resto de sujetos participantes excluidos de cualquier clase de contraprestación por el tiempo dedicado.

Por último, resultaría un error considerar que este tipo de prestación de servicios se condiciona a un perfil profesional elevado pues, muy al contrario, la diversidad de sujetos intervinientes posibilita que la labor a ser ejecutada por éstos, por su reducidísimo campo de actuación, excluya la necesidad de cualquier tipo de cualificación[17].

El *crowdwork offline*, al igual que la modalidad anteriormente enunciada se articula sobre una plataforma virtual, si bien, su ejecución no se lleva a cabo en el ciberespacio sino en un ámbito espacial y temporal concreto, lo que justifica una mayor identificación del sujeto encargado del desarrollo de la prestación como de la concreta prestación a realizar.

Nos encontramos así, ante el modelo de prestación de servicios sobre el que está pivotando, en la actualidad, todo el debate en torno a la naturaleza de la actividad. Glovers, riders, conductores de VTC a través de la aplicación UBER, son modelos de *crowdworkers offline*.

El que, en su condición de mensajeros, se haya reconocido la condición de laborales a los riders y glovers, al igual que en su momento se hizo con los mensajeros en motocicleta o los repartidores, hace necesario realizar un análisis retrospectivo que permita comprender cuál fue la evolución que vivió el transporte, en su proceso de laboralización, así como valorar si el mismo es extensible a los *crowdworkers offline.*

III. LA RELEVANCIA DE LA EVOLUCIÓN DEL MODELO REGULATORIO DEL TRANSPORTE: DESDE LA OSCILACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS HASTA LA REFORMA ESTATUTARIA DE 1994. ¿UN MODELO A SEGUIR?

Si desde una perspectiva genérica (no, por tanto, respecto al específico campo de los repartidores), carecemos de un marco regulatorio particular para los *crowdworkers offline y online;* de igual forma, previamente a la inclusión del párrafo segundo del art. 1.3 g) ET, de la mano de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo; carecíamos de un marco de referenciación específico que nos permitiese identificar

[17] Véase el caso de spunwrite.com, donde la actividad del trabajador puede limitarse a la modificación en la redacción de una oración.

cuando la prestación de servicios del transporte terrestre por carretera era considerada laboral o extralaboral.

La ausencia de un marco regulatorio, dejaba la determinación de la naturaleza de la prestación directamente en manos de los sujetos interesados, si bien, la presunción jugaba a favor de su carácter civil o mercantil, de forma semejante a lo que más recientemente venía a ocurrir con los trabajadores dedicados al reparto a través del uso de plataformas digitales, hasta la entrada en vigor de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre .

Pedrajas Moreno sostiene que el reconocimiento en la naturaleza civil o mercantil de los transportistas, venía condicionado a la convergencia de cuatro factores[18]:

- El carácter no personalísimo de la obligación deducida del contrato de transporte.

- La intencionalidad lucrativa, de obtener una ganancia, que mueve al transportista.

- La independencia o autonomía del transportista en el ejercicio de su trabajo.

- La asunción por el transportista del riesgo de explotación. Esta asunción en el riesgo, venía de la mano del hecho que la titularidad del vehículo recayera sobre el empleador[19].

En este contexto se dictó la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1986[20], que vino a marcar un antes y un después a través de una reformulación sobre los criterios valorativos reconocidos a la naturaleza de la prestación de servicios del transportista terrestre por carretera[21].

Con anterioridad a la sentencia del Supremo, la titularidad del medio de transporte, presuponía, automáticamente, la extralaboralidad de la relación contractual[22], en tanto, la titularidad del vehículo determinaba la asunción del riesgo de su explotación, como, la existencia de una auto organización, tal como ya hemos venido a mencionar con anterioridad. En paralelo, cualquier indicio a favor de la inclusión del transportista en el

[18] PEDRAJAS MORENO, A., “Transportistas: Alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores”. Actualidad Laboral, 1995 (II), p. 326.

[19] VALDES DAL-RE, F., “Contrato de trabajo y contrato de transporte: el problema de la sustitución del trabajador”, RPS, 1978, núm. 108, pp. 142-149.

[20] Tribunal Supremo: STS de 26 de febrero de 1986

[21] SUAREZ CORUJO, B., “La controvertida figura de los transportistas con vehículo propio y su exclusión del ordenamiento laboral”. REDT, 1999, núm. 94, p. 252.

[22] De entre los múltiples ejemplos destacamos las STS de 18 de febrero de 1969, de 7 de mayo de 1971, de 18 de noviembre de 1976, de 17 de marzo de 1983, de 23 de abril de 1983 y de 22 de octubre de 1983.

círculo rector y organizativo del empresario, como es el caso de horarios preestablecidos[23] o presencia de distintivos de la empresa en los vehículos[24], no se entendían más que como "obligaciones accesorias a la principal del transporte"[25]. Así, en la identificación de la prestación, prevalecía la titularidad del vehículo a comportamientos indiciarios de dependencia.

Frente a estos criterios, la sentencia de 1986 vino a configurar un nuevo marco interpretativo que, si bien, va dirigido a un modo concreto de transporte, la mensajería en motocicleta, vino a servir como criterio orientativo hacia otras resoluciones del Alto Tribunal con incidencia en otras áreas de trabajo vinculadas al transporte sobre los que, hasta la fecha, no se discutía su naturaleza civil o mercantil. Será el caso del repartidor de prensa[26] y repartidor-cobrador de periódicos[27], el repartidor de pan[28], el repartidor de productos perecederos[29] o el repartidor de bollería[30].

Los criterios que vinieron a fundamentar el nuevo marco interpretativo, fueron los siguientes:

- Incidencia de la titularidad del vehículo.

Se aprecia un desplazamiento desde un plano material fundado en la propiedad o libre disposición del medio de transporte a otro plano cuantitativo, fundado en la relevancia económica del medio de transporte. Este criterio tipificador, abrió nuevos interrogantes centrados en la identificación de la relevancia económica del vehículo. Así se podía deducir de la STS de 20 de octubre de 1989, que procedía a considerar:

> *"el elemento definidor y delimitador del contrato se encuentra en lo que constituye su fundamental objeto, pues será laboral cuando lo es el trabajo personal del que presta el servicio, siendo la aportación del vehículo un elemento secundario o auxiliar de la prestación de trabajo personal, y merecerá la calificación de contrato mercantil, cuando el objeto principal lo constituya, más que el trabajo personal del conductor, la obtención del rendimiento de una importante inversión económica del propio conductor, excluyente de la nota de ajenidad, cuyo*

[23] Tribunal Supremo: STS de 7 de mayo de 1975, y STS de 22 de octubre de 1983.

[24] Tribunal Supremo: STS de 27 de febrero de 1974.

[25] Tribunal Supremo: STS de 7 de mayo de 1971 manifiesta que estos meros indicios en ningún momento encajan en la nota de dependencia laboral.

[26] Tribunal Supremo: STS de 26 de junio de 1986.

[27] Tribunal Supremo: STS de 28 de mayo de 1987.

[28] Tribunal Supremo: STS de 13 de abril de 1987.

[29] Tribunal Supremo: STS de 6 de julio de 1987.

[30] Tribunal Supremo: STS de 18 de abril de 1988.

trabajo pasa a ser así un mero factor de explotación de la inversión".

Entraron en juego, de esta forma, nuevos criterios indiciarios, tales como saber cómo cuantificar una "importante inversión económica", una "relevancia económica necesaria" o un "elevado gasto".

Ante la ausencia de un marco regulatorio específico, los tribunales no tenían más opción que acudir a parámetros de base indiciaria[31], como el tamaño y envergadura del medio de transporte. Dentro de estos indicios y de forma previa a la entrada en vigor del reglamento de desarrollo de la Ley de Ordenación de Transporte Terrestre[32], el Tribunal Supremo consideraba la extralaboralidad de las prestaciones vinculadas al uso de vehículos que tuviesen "tonelaje industrial"[33] o bien fuesen un camión[34].

- Carácter personalísimo de la prestación.

La laboralidad o extralaboralidad de la relación, no puede en caso alguno vincularse a la presencia de pactos de sustitución, en tanto éstos requieren de una previa "valoración" causal. En tal sentido, el Tribunal Supremo[35] disponía:

> *"no puede cuestionarse la naturaleza personal de la prestación por la cláusula de sustitución contenida en el contrato inicial, pues frente a la presencia de rasgos laborales típicos y a la continuada y real presencia del trabajo (…) sería necesario acreditar que tal cláusula ha tenido en la ejecución del contrato una aplicación efectiva para evidenciar que la persona del trabajador constituya un elemento indiferente en el establecimiento y desarrollo de la relación contractual".*

- Dependencia.

Si, el poder de dirección, bajo el que se articula la dependencia jurídica, se ha venido configurando, ya desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, como el cauce ordenador de las condiciones contractuales pactadas como de la novación constante de éstas; no deja de ser cierto que las posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre tal principio, no han dejado de estar sometidas a un proceso de debate que va desde posiciones jurisprudenciales expansivas, que se han traducido en una mayor laboralización de la actividad productiva, a posiciones doctrinales históricas, que persiguen una posición más reflexiva.

---

[31] Un indicio presenta una naturaleza valorativa por lo que cuando mayor sea el número de indicios que converjan sobre un determinado supuesto de hecho, más probabilidad habrá de convergencia del supuesto de hecho con la realidad jurídica presumida.

[32] Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre. En adelante ROTT.

[33] Tribunal Supremo: STS de 15 de septiembre de 1986.

[34] Tribunal Supremo: STS de 15 de julio de 1988.

[35] Tribunal Supremo: STS de 28 de mayo de 1987.

Así, si el Tribunal Supremo ha venido, en general, a reconocer que *"tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado"*[36], Ojeda Avilés, de forma complementaria, viene a entender como la dependencia jurídica opera como una calificación que no se impone, sino, que se expone, se analiza y se interpreta[37].

El propio Tribunal Supremo, más allá del criterio de valoración sobre criterios de abstracción, viene a considerar la necesidad de adaptación de la dependencia al contexto actual. Tal actualización no puede llevarse a cabo desde parámetros abstractos sino de contextualización a los nuevos modelos sociales.

> *"Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas"*[38].

Una vez concretados, jurisprudencialmente, los criterios a emplear de cara a reconocer la laboralidad en la prestación de servicios del transportista terrestre por carretera, se inició un proceso expansivo de generalizada laboralización que terminó por actuar como un factor de distorsión, inseguridad jurídica y riesgo para la actividad productiva de los profesionales que venían desarrollando su actividad como pequeños transportistas.

Tal contexto de inestabilidad fundado en el reconocimiento de factores indiciarios, así como en la relativización de los elementos que pudieran desfigurar la naturaleza laboral de la prestación, provocó una tendencia de expansión de la laboralidad de la prestación de servicios, que relegaba a casos excepcionales el reconocimiento de la figura del transportista profesional o autónomo[39]. En este marco, irrumpió la disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma del ET, por el que se impone un nuevo criterio limitativo a la determinación de la laboralidad en la prestación de servicios.

Justo en este punto, convendría hacer una pausa para comparar la evolución jurisprudencial en el reconocimiento de laboralidad en el sector del transporte terrestre con relación a la evolución que estamos contemplando en el marco de la prestación de servicios a través del empleo de plataformas digitales. Y es que al igual que las primeras

---

[36] Tribunal Supremo: SSTS de 18 de enero de 2018, rec. 3408/2015 y de 8 de febrero de 2018, rec. 3389/2015.

[37] BAYON CHACON, G, "El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo". Revista de política social, 1966 núm. 71.

[38] Tribunal Supremo: STS de 20 de enero de 2015, rec. 587/2014.

[39] SUAREZ CORUJO, B., "La controvertida figura de los transportistas …, op. cit., p. 252.

sentencias del Supremo pivotaban en torno a los repartidores; las recientes resoluciones que están condicionando la laboralidad de los trabajadores de plataforma, toman presente el mismo colectivo (véanse glovers y riders).

Más aún, la sentencia del Tribunal Supremo de septiembre de 2020[40], ya en el marco de los trabajadores de plataforma, vuelve a hacer remisión a la convergencia de criterios indiciarios, como ya vino a hacer el Alto Tribunal en sus sentencias sobre laboralidad en la prestación de servicios por los transportistas.

> *"Este Tribunal ha afirmado que «La calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio» (sentencia del TS de 20 de enero de 2015, recurso 587/2014)".*

Todo ello sobre la base de:

- Prevalencia de la realidad fáctica sobre el *nomen iuris*.

- Presunción *iuris tantum* de laboralidad que el art. 8 del ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe.

- Delimitación positiva de laboralidad sobre los requisitos del art. 1.1 ET.

¿Desembocará este marco indiciario en una nueva reforma estatutaria de un calado equivalente a la que implicó el surgimiento del párrafo segundo del art.1.3 g. , ET?

De entrada, no parece que con la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, que reconoce la laboralidad de los trabajadores de reparto en el ámbito de plataformas digitales, se vaya a cerrar el debate sobre otros colectivos de trabajadores en el ámbito de plataformas digitales , más cuando la reforma estatutaria del 94 se enfrentó a una diversidad de procesos de laboralización que iban mucho más allá del ámbito de la mensajería o el reparto.

Y es que la reforma estatutaria tuvo por objeto en lo que concierne al transporte, modificar los criterios consolidados por la jurisprudencia[41], asegurando de esta forma,

---

[40] Tribunal Supremo: STS de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019.

[41] En esta línea, ARAMENDI SANCHEZ, J.P., "Reflexiones para la aplicación de la reforma laboral", Relaciones Laborales, núm. 22, 1994, p. 90, considera que nos encontramos ante "una grosera manifestación legislativa (…) por cuanto de un plumazo niega la condición de trabajador a quien constitutivamente la tiene, como ha refrendado hasta la saciedad el Tribunal Supremo". CAMPS RUIS, L.M. en *La nueva regulación del mercado de trabajo,* Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 284, entiende que se cumple "un deseo del legislador de corregir una jurisprudencia cada vez más proclive a considerar incluidas en el ámbito del contrato de trabajo, actividades de transporte en las que es el trabajador el titular del vehículo utilizado en la prestación calificada como laboral". PEDRAJAS MORENO, A. en "Transportistas: Alcance de la exclusión de laboralidad …, op cit., p. 320, manifiesta que con esta reforma lo que se está haciendo es "deslaboralizando

tanto "la continuidad del ejercicio de la actividad del transporte en régimen de trabajo autónomo"[42], como evitar la instauración de un régimen uniforme para el transporte dadas las múltiples variables que concurren en su prestación.

A este efecto, la disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma del ET, incorporó al art. 1.3 un nuevo supuesto (letra g), que referencia dos tipos.

Un primer tipo, de carácter tautológico[43], en tanto conforma una afirmación obvia (exclusión de laboralidad por no convergencia de los requisitos generales de laboralidad previstos en el art. 1.1); y un segundo tipo que de forma expresa excluye "*la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares"*.

De este segundo párrafo se deducen tres factores conducentes a la extralaboralidad de la relación contractual:

- Autorización administrativa.

- Prestación de servicio público.

- Titularidad o poder de disposición sobre el medio de transporte.

En cuanto a la *autorización administrativa*, se conforma como un requisito indispensable para el transporte público, y siempre en cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 42 LOTT[44].

En cuanto a la prestación de un servicio público, tal configuración parte de una previa oposición a un servicio de transporte privado o privado complementario.

Por último, en cuanto a la exigencia de "titularidad" y "poder directo de disposición" del medio de transporte, este criterio se encuentra definido a través de la concurrencia de los arts. 54.2 LOTT y 348 CC.

El art. 54.2 LOTT vincula la disposición o titularidad a la propiedad, el arriendo o la presencia de otro derecho jurídicamente válido (afirmación ésta que reconduce al "poder

---

unas determinadas situaciones cuando en ellas concurren los específicos requisitos que el precepto concreto". VALDES DAL-RE, F., en "Ley y jurisprudencia en la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral: un diálogo en divergencia", La Ley, 1994 (II), p. 37, estima que "su objetivo es, por decirlo con un símil histórico, detener la evolución de la Jurisprudencia en ese mismo estadio".

[42] VALDES DAL-RE, F., en "Ley y jurisprudencia en la delimitación …, op. cit.", La Ley, 1994 (II), p. 34

[43] PALOMEQUE LOPEZ, M.C.; ALVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, p. 650.

[44] Sólo, excepcionalmente, el Gobierno podrá exonerar de dicho requisito al transporte privado complementario como al transporte público discrecional de mercancías, realizado en vehículos de pequeña capacidad de carga y, por tanto, escasa incidencia en el sistema general de transporte.

directo de disposición"). Por su parte, el art. 348 CC, la titularidad lleva aparejada el goce[45] y la disposición del vehículo[46].

Junto a los tres criterios indiciarios antes aludidos, hemos de valorar un cuarto criterio, asentado sobre la compensación o contraprestación económica percibida por el transportista. Este criterio, a su vez, hace uso de cuatro parámetros o variables nuevas:

a) La participación del transportista en la fijación del precio de porte. Esta participación se viene entendiendo como manifestación de extralaboralidad[47], toda vez que la fijación del coste de trabajo se concibe como incompatible con la ajenidad de la prestación. Carece de sentido la prestación de un servicio en utilidad patrimonial del empresario[48], con la participación del trabajador en la fijación de dicha utilidad patrimonial.

b) El modo en que se compensa el servicio.

Se entiende por trabajador asalariado al que se remunera por el esfuerzo realizado y trabajador autónomo al que se remunera por el resultado obtenido. En tal sentido, la remuneración se entenderá como extralaboral cuando se obtenga "únicamente" en función del valor de la mercancía transportada[49], de la cantidad transportada[50], o de forma mixta, por kilómetro recorrido y por cuantía de la mercancía entregada[51].

c) Existencia de retribución mínima garantizada.

Si la ausencia de un salario mínimo garantizado permite calificar como extralaboral la prestación de servicios del transportista[52], la presencia de una

[45] La utilización directa incluye la llamada disposición física o modificación de la esencia de la cosa, mientras que la utilización indirecta, incluye la concesión negocial a favor de otra persona, de tal forma que el arrendamiento, el comodato e incluso el no uso, son modalidades de derecho de goce. ALBADALEJO. M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo V, vol. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 198.

[46] "El ejercicio de la facultad de disposición (…) se realiza a través de un negocio jurídico con eficacia real. Por el contrario, la facultad de goce (…) sólo alcanza eficacia obligatoria, no real". *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo V, vol. 1. ALBADALEJO GARCIA, M.; DIAZ ALABART, S., (Dir.). Madrid: Edersa, 1978, p. 202.

[47] Tribunal Supremo: STS de 17 de mayo de 1991. "Existe también ajenidad cuando el trabajador no tiene ninguna intervención en el precio del transporte fijado entre el cliente y la empresa, y que ésta hace suyo".

[48] MONTOYA MELGAR, A; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GALIANA MORENO, J. M.; y RIOS SALMERON, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores.* Pamplona: Aranzadi, 2014, p. 24.

[49] Tribunal Central de Trabajo: STCT de 17 de febrero de 1987.

[50] Tribunal Superior de Justicia: STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 1989.

[51] Tribunal Central de Trabajo: STCT de 17 de noviembre de 1987.

[52] Tribunal Superior de Justicia: STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 6 de marzo de 1991.

remuneración fija no ha jugado en sentido opuesto al antes expresado, toda vez que la misma, por sí sola, no llega a desvirtuar la naturaleza del contrato de transporte, en todo más condicionada por la presencia de autorización administrativa[53].

d) La cuantía de la retribución.

En cuanto a esta última, tal como pone de manifiesto el profesor Valdés Dal-Re, *"la jurisprudencia tiende a reconocer la condición de trabajador asalariado al transportista que percibe retribuciones equivalentes a las que obtiene otro trabajador de su categoría*"[54].

Es imposible extrapolar los límites del art. 1.3 ET al marco de los trabajadores de plataforma, salvo para aquellos colectivos que se dediquen al transporte. Ahora, la configuración de tales límites incorporados por el ET dentro de un supuesto de exclusión constitutiva, hace comprender que, los riesgos a un proceso de generalizada laboralización puedan terminar conduciendo a un proceso paralelo.

En cualquier caso, la clave vendrá de analizar cómo se posiciona el Alto Tribunal ante nuevos procesos en que se debata la laboralización de otro tipo de colectivos, más allá de los repartidores.

IV. FACTORES INDICIARIOS DE LA DEPENDENCIA EN EL TRABAJO CON PLATAFORMA DIGITAL

La dependencia, a la que se puede definir como "la puesta a disposición de una energía personal de trabajo, dirigida por la persona para la que se presta el trabajo"[55] constituye, junto a la ajenidad, el eje para determinar si una relación es o no laboral[56]. De

[53] Tribunal Superior de Justicia: STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 3 de enero de 1990.

[54] VALDES DAL-RE, F., "Los inciertos criterios… (II)", op. cit., p. 63.

[55] DE LA VILLA L. E "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español", Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, 1972, núm. 4, p. 9.

[56] MONTOYA MELGAR, A.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GALIANA MORENO, J. M.; y RIOS SALMERON, B. *Comentarios al …,* op cit., p. 27.

esta forma, tal como ha venido reconocer la doctrina científica[57] y la doctrina jurisprudencial[58], la dependencia constituye el elemento vertebral del contrato de trabajo.

No obstante, la dependencia no constituye un concepto firme e inconmovible. Todo lo contrario, posee un cierto carácter indeterminado[59] derivado de la pluralidad de manifestaciones que puede revestir la prestación de servicios en una relación de trabajo.

En este contexto, la dependencia no puede ser conceptualizada exclusivamente desde una perspectiva patrimonialista, toda vez que el objeto de la relación contractual no persigue sólo la consecución de un fin concreto, sino que en dicha consecución haya una intervención personal del trabajador que pone a disposición del empresario su fuerza de trabajo.

Siendo la puesta a disposición de la fuerza del trabajo el factor sobre el que actúa directamente la dependencia, ésta no puede entenderse como una subordinación absoluta del trabajador. Constituye, más bien, una potencialidad que no tiene por qué estar constantemente actualizándose[60]. Basta con que el trabajador se sitúe dentro del círculo organicista, rector o director y disciplinario del empresario[61]. Por ello, resultaría un error condicionar o vincular el círculo organicista del empresario, exclusivamente al poder de dirección, toda vez que el poder disciplinario[62] garantiza, ante una atenuada o debilitada vigilancia, un correcto cumplimiento de los mandatos empresariales. Esta aseveración resulta muy relevante en el marco de las plataformas digitales en tanto puede ser entendida a partir de la capacidad de éstas últimas de vetar su acceso a los "profesionales" desde el momento que se producen negativas valoraciones de los

[57] Podríamos destacar: RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo". RPS, 1966, núm. 71, pp. 147 a 167; DE LA VILLA L. E "Apuntes sobre el concepto…", op. cit. pp. 7 a 14; MONTOYA MELGAR, A., "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo", en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo.* CRUZ VILLALON, J. (Dir.). Madrid: Tecnos, 1999, pp. 57 y ss.

[58] La construcción jurisprudencial del concepto de dependencia, encuentra una de sus primeras manifestaciones en la STS de 6 de marzo de 1928, que reconoce la "*situación de dependencia continuada del obrero para con el patrono en la prestación del servicio*" como uno de los factores identificativos del concepto operario. Al margen de este antecedente, hoy son muchas las sentencias que reconocen a la dependencia como pilar de identificación de la naturaleza laboral de la prestación de servicios. Ejemplos de tales sentencias en el marco de las plataformas tecnológicas, a continuación, procederemos a referenciar algunas de ellas.

[59] RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La dependencia…", op. cit., p. 160.

[60] ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo.* 4ª edición. Madrid: Editoriales de derecho Reunidas, 1981, p. 47.

[61] Tribunal Supremo: SSTS de 23 de septiembre de 1985 y 16 de febrero de 1990.

[62] Sobre la premisa del cumplimiento de los mandatos regulares del empresario ante el temor a la aplicación de sanciones derivadas de desobediencia.

clientes. Lo que vendríamos a entender como uso indirecto o implícito del poder de dirección[63] a través de un poder disciplinario camuflado.

La concreción jurídica de la dependencia tecnológica entraña grandes dificultades, en tanto, los indicios empleados conforman un elenco amplio, no taxativo, a lo que se une su carácter cambiante por las mutaciones que pueden ir introduciendo las plataformas ante las distintas resoluciones judiciales que se vayan dictando o normas que se vayan promulgando. A ello se une la distinta intensidad y combinación que pueden revestir los distintos componentes que confluyen en la prestación de servicios, lo que acentúa el carácter casuístico predicable sobre la materia.

Todos estos factores, y pese a la incertidumbre que generan, terminan justificando el uso del método indiciario en el reconocimiento de la dependencia. Así lo ha venido a reconocer la jurisprudencia social[64], así como se ha venido a plasmar en instrumentos internacionales[65] y resoluciones comunitarias[66].

Ello no exculpa al legislador, cuyas imprecisiones terminan reconduciendo, como ya es común a otras áreas vinculadas al desarrollo tecnológico, a que nuestros tribunales asuman un rol cuasi legislativo, capaz de propiciar notables contradicciones, lo que se traduce, a la postre en un manifiesto grado de inseguridad jurídica[67]. Y ello es así, porque la identificación y ponderación de los factores indiciarios de dependencia, queda a la expensa de la prueba propuesta y practicada como de la valoración judicial que se haga solo de ésta.

Con todo, nuestros tribunales se han apoyado en dos bloques de indicios de dependencia en el marco del uso de plataformas digitales. Por un lado, los que se

---

[63] TODOLÍ SIGNES, A., "Nueva «Ley Ryder». Texto y un pequeño comentario a la norma", Blog Argumentos de Derecho Laboral. Disponible en: https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/

[64] La STS de 18 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3320), manifiesta que "en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra" (en referencia a la dependencia y ajenidad).

[65] La Recomendación 198 de la OIT, sobre la relación de trabajo (2006), reconoce en su art. 13 que "los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo".

[66] La Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, insta a que se tenga en cuenta la Recomendación 198 OIT para valorar la presencia de indicadores suficientes que posibiliten el reconocimiento de la laboralidad de la relación, en el particular caso del trabajo de plataformas digitales y de otros tipos de trabajo por cuenta propia dependiente.

[67] SALA FRANCO, T. "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral", en AA.VV. BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Trabajo y libertades públicas*. La Ley, 1999, p. 205.

podrían denominar indicios relevantes, y, por otro lado, un segundo bloque de indicios complementarios[68].

Serían indicios relevantes de dependencia:

- Planificación o programación de la actividad. Una planificación sobre franjas horarias conforma una decisión organizativa con repercusión en distintas áreas de la actividad. Su reconocimiento alejaría a la empresa de la asepsia tecnológica, y al trabajador de la libertad para elegir el tiempo de servicio.

- Organización de la actividad.

Son distintas las resoluciones del Alto Tribunal que han jugado reconociendo la presencia de indicios claros de ordenación de la actividad laboral. Así, se reconoce como factor indiciario, la entrega de manuales explicativos del *modus operandi* de la actividad, lo que no es equivalente a meras indicaciones técnicas[69]; la remisión de circulares minuciosas; la impartición de directrices sobre la ejecución de tareas[70]; y la asistencia a reuniones de coordinación[71].

- Supervisión o control de la actividad.

Se reconoce valor indiciario al hecho que la empresa controle la cantidad y calidad del trabajo realizado. Con ello, la monitorización constante del trabajador, así como el empleo de aplicaciones de control y geolocalización, como base a un posterior reparto de la carga de trabajo, serán considerados factores determinantes de laboralidad. Por el contrario, si no son empleados como elementos condicionantes a la distribución del trabajo o de control efectivo a la prestación de los servicios contratados, podrían valorarse como factor indiciario de la autonomía de la prestación.

- Ejercicio de poder disciplinario.

Se reconoce como asimilable al régimen disciplinario del que puede hacer uso un empresario con su empleado, la presencia de cualquier tipo de acción que ejerza la empresa con vistas a amonestar al trabajador a raíz de las quejas de los clientes[72].

Cuestión distinta a la potestad sancionadora es la potestad premial, por lo que

[68] PALOMO BALDA, E. “La relación de trabajo en las plataformas digitales. Calificación jurídica y derechos colectivos” IX Jornada anual de Derecho Colectivo. Mesa de lo Social de la Audiencia Nacional. 14 de junio de 2019, pp. 6-12.

[69] Tribunal Supremo: STS de 24 de enero de 2018, rec.3394/2015.

[70] Tribunal Supremo: STS de 10 de julio de 2000, rec. 4121/1999.

[71] Tribunal Supremo: STS de 21 de junio de 2011, rec. 2355/2010.

[72] Tribunal Supremo: STS de 21 de junio de 2011, rec. 2355/2010.

la opción empresarial de gratificar al trabajador por los resultados obtenidos, no puede entenderse como factor indiciario a favor del reconocimiento de la laboralidad de la relación.

Al margen de los elementos indiciarios de dependencia ya enunciados, los tribunales han venido a valorar otros indicios de dependencia, pero de carácter complementario. Serían:

- Mecanismos de contratación.

Si el contrato es redactado íntegramente por la plataforma, limitándose el trabajador a reconocer de forma incondicionada las estipulaciones recogidas en el documento contractual, se entiende el contrato formalizado es un contrato de adhesión. Ahora bien, este hecho, no afecta a la naturaleza del vínculo contractual ni a la propia validez del contrato, salvo que se formalizase con error, violencia, dolo o intimidación.

- Formación inicial.

- Ausencia de organización productiva propia.

- Ordenación del tiempo de trabajo.

Su valor indiciario se ha visto relativizado, en tanto, la libertad en la concreción horaria de la prestación de servicios, no equivale a que la ejecución de la prestación no quede ligada a la voluntad del empresario[73].

- Uso de distintivos corporativos.

El empleo de distintivos en los medios de transporte, ya era un factor indiciario de laboralidad antes del surgimiento de las plataformas digitales[74].

- Permanencia y habitualidad, en tanto la prestación de servicios carezca de un carácter esporádico.

En opinión de Todolí, y tomando de referencia a la STS de 16 de noviembre de 2017[75], todos los objetivos tendentes al reconocimiento de la laboralidad, tienen como último objetivo demostrar que los trabajadores no constituyen una empresa real.

Con ello, la ausencia de toma de decisiones respecto al mercado y con el público, la no selección de clientela o la no fijación de precios o tarifas, son indicios, no tanto de la subordinación del trabajador, sino de que, por un lado, no pueden negociar sus propias

[73] Tribunal Supremo: STS de 8 de febrero de 2018, rec. 3389/2015.

[74] Tribunal Supremo: STS de 26 de febrero de 1986.

[75] Tribunal Supremo: STS de 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015.

condiciones de trabajo y, por otro lado, no conforman una empresa, en tanto, solo aporta mano de obra[76].

Frente a los factores expuestos, de mano de nuestros tribunales, se viene a considerar indicios de extralaboralidad, en el contexto de dependencia:

- La libertad en la elección del tiempo de trabajo, por lo que el trabajador carece de jornada laboral y puede, libremente, disponer la franja en la que realizará el trabajo encomendado.

- La libertad del trabajador a la hora de rechazar la ejecución de un trabajo. Tal indicio hace recordar que la voluntariedad no es un factor exclusivo y excluyente, sino que se hace presente en toda relación contractual. Su ausencia no desnaturaliza una relación contractual, sino que determina la nulidad de la misma. De esta forma, la posibilidad de rechazar o, incluso, cancelar un servicio, se entiende como signo claro de autonomía.

- Libertad para decidir la forma de la prestación de servicios, en cuanto a la libre elección de la herramienta a emplear para la prestación del servicio.

- Libertad para fijar la fecha de los días de descanso semanal y las vacaciones (en consonancia con el art. 14.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, de Estatuto del Trabajador Autónomo.

V. FACTORES INDICIARIOS DE LA AJENIDAD EN EL TRABAJO CON PLATAFORMA DIGITAL

Para el profesor ALONSO OLEA, la ajenidad entendida como ajenidad en los frutos[77], posibilita diferenciar entre el trabajo realizado por cuenta propia y el trabajo realizado por cuenta ajena. Este criterio de diferenciación, no es coincidente con la distinción entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, toda vez que "la primera atiende al criterio de asignación o atribución del resultado del trabajo y la segunda atiende al criterio del modo de realización o ejecución del trabajo"[78].

---

[76] TODOLI SIGNES, A. "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", Lan Harremanak, 2019, núm.41, pp. 36-37.

[77] Frente a un segundo criterio de identificación doctrinal de la ajenidad, bajo la premisa de falta de asunción de riesgos (ajenidad de riesgos). Este criterio encontró entre sus principales valedores a BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA, E., según los cuales la "irrelevancia del riesgo de la producción para el trabajador (…) [es] el gran elemento diferenciador de las relaciones estrictamente laborales y otras relaciones de trabajo". *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid: Marcial Pons, 1978-1979, p.18.

[78] MARTIN VALVERDE, A. "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* (Dir. Cruz Villalón, J.). Madrid: Tecnos, 1999, p. 93.

Al igual que en la dependencia, el reconocimiento de la ajenidad viene a pivotar en la presencia de distintos indicios, algunos genéricos y otros que podemos más particularmente relacionar al marco de las plataformas digitales.

De forma general, la consideración de ajenidad se vincula a la presencia de tres indicios:

- El trabajador, en la atribución de los frutos de la prestación no debe ser contemplado desde una perspectiva exclusivamente individual sino dentro de su unidad familiar, por lo que la atribución de los frutos del trabajo a familiar, en los términos previstos por el art. 1.3.e) ET, reconduce a la consideración de trabajo por cuenta propia[79].

En sentido opuesto, la ausencia de vínculo de familiaridad no siempre nos va a permitir presumir la presencia de ajenidad, toda vez que los vínculos de amistad, benevolencia o buena vecindad, carentes de *animus obligandi* tanto para quien presta como para quien recibe la prestación, imposibilitan su reconocimiento. No se aprecia una contraprestación sobre el dar-hacer del trabajador por lo que no estamos más que ante una manifestación altruista presidida por una *affectionis vel benevolentiae causa*[80].

- La atribución a un tercero de los frutos de la prestación, opera desde el mismo momento en que el trabajador obtiene estos frutos. Así, "el trabajo por cuenta propia no pierde su calidad de tal, ni se transforma en trabajo por cuenta ajena, por la circunstancia de que el trabajador ejecute actos sucesivos por virtud de los cuales atribuya a tercero los frutos que inicialmente le corresponden"[81]. Dicho de otra forma, una prestación prolongada de actos autónomos entre sí, no desnaturaliza el posible carácter extralaboral de la prestación. Esta segunda acepción, con repercusión en el campo de la extralaboralidad en la prestación a través de plataformas, es la que emplean los partidarios de la misma para justificar la posible presencia de una actividad profesional, todo ello, obviamente, a partir de un reconocimiento de vinculo contractual con los clientes directos y no con la plataforma digital.

- La ajenidad sobre los frutos obtenidos por el trabajador debe entenderse como una ajenidad sobre la utilidad patrimonial del trabajo, en tanto el término

[79] COLÁS-NEILÁ, E. "Prestación de servicios a través de plataformas digitales en la doctrina judicial española. ¿Trabajadores por cuenta ajena o autónomos?", LaBoUR & Law Issues, 2019, vol. 5, núm. 1, p. 26.

[80] GARATE CASTRO, J. "Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad", RPS, 1981, núm. 131, p. 187.

[81] ALONSO OLEA, M. *Introducción…*, op. cit., p. 35.

fruto debe conceptualizarse en un amplio sentido, con independencia de que derive de una prestación de dar o hacer o de una prestación manual o intelectual[82].

Al margen de estos indicios generales de ajenidad, podemos apreciar de forma más particular, una serie de indicios de ajenidad, reconocidos jurisprudencialmente en el marco de la prestación a través de plataforma digital.

- Materializados en un encargo previo al empleador, apreciamos indicios sobre la ajenidad de mercados, en tanto la oferta del servicio no es directa, del trabajador a sus destinatarios, sino que pasa por la contratación a través de la plataforma.

- Se reconoce la laboralidad a través de indicios sobre la ajenidad en los medios de producción, en tanto la plataforma, titularidad del empleador, conforma un medio indispensable para la prestación del servicio[83]. Frente a ello, el medio de transporte, para el concreto caso de los trabajos de reparto a través de plataforma, como ya vino a reconocerse en 1986 sobre las motocicletas, no deja de tener un carácter meramente secundario o auxiliar. De esta forma, el instrumento de producción lo constituye la plataforma y no el vehículo de transporte con el que se ejecuta el requerimiento recibido desde la plataforma. Dicho de otra forma, "en la dimensión de la ajenidad en el mercado se argumenta que el consumidor contrata con la plataforma que es la que aporta la marca y la imagen"[84].

VI. HACIA UNA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL MARCO REGULATORIO

Habría que partir de una afirmación recurrente. Al igual que no todo el trabajo de mensajería o reparto se lleva a cabo a través de plataformas digitales, no todo el trabajo ejecutable a través de plataformas digitales es un trabajo de reparto o mensajería. Esta afirmación específicamente la reconducimos al marco de un *crowdworking offline*, en el que la prestación se materializa en un ámbito humano y espacial concreto. Si bien, lo reseñado resulta una obviedad, es interesante destacarlo si tomamos en consideración que el desarrollo jurisprudencial y legal en torno a la laboralización del trabajador de plataforma, ha operado, hasta la fecha, de forma preponderante, sobre la prestación de servicios de reparto y mensajería. Y ello, pese a que, más allá de ambos sectores, nos encontramos ante un proceso de progresivo alejamiento del ordenamiento laboral, lo que

[82] ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, Mª. E. *Derecho*…, op.cit. p. 47.

[83] Tribunal Supremo: STS de 6 de octubre de 2010, rec. 2010/2009.

[84] PALOMO BALDA, E. "La relación de trabajo en las plataformas digitales…, op. cit., p. 14.

se traduce en una paulatina sustitución de mano de obra laboral por mano de obra autónoma. Esta realidad, no es fruto exclusivo de la aparición de la economía de plataformas, por lo que, realmente, la presencia de las plataformas digitales, lo que hace es fortalecer una tendencia preexistente[85].

Con ello, sería absurdo entender que contamos con un criterio consolidado que resuelve las controversias en torno al anclaje de la prestación articulada a través de plataformas digitales.

A estas alturas, resulta innegable que la economía bajo demanda constituye una nueva realidad que, aun encontrándose en una fase embrionaria, va a condicionar los modelos productivos. Ello, exige un proceso de profunda reflexión en aras a poder configurar un marco que opere de pilar en el que las plataformas se apoyen de cara al desarrollo de su actividad conforme al principio de seguridad jurídica.

De los distintos retos que, con el tiempo, puedan ir surgiendo, podemos hoy en día detenernos en tres[86]:

- Establecer unos criterios claros de protección a los usuarios de las plataformas.

- Establecer los límites conceptuales de los modelos de negocio que se integran bajo la genérica firma de la economía bajo demanda, así como más específicamente bajo los modelos de consumo colaborativo y *crowdsourcing*.

- Reordenar el marco normativo, concretando el régimen al que tendrán que someterse las distintas plataformas y, con ello, el régimen jurídico de los prestadores de servicios.

En lo que respecta a la fijación de criterios claros de protección a los usuarios de las plataformas, resultaría necesario garantizar dos grados de protección distintos:

- Unas garantías que no abstrajeran a los usuarios de un régimen de protección cuanto menos equivalente al existente de forma ordinaria, en el marco de los servicios que vienen a disfrutar.

- Unas garantías específicas en atención a la incidencia del factor tecnológico.

---

[85] DE STEFANO, V., "The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»", ILO. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf

[86] JARNE MUÑOZ, P., "El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro". Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 17, 2016, pp. 69 a 74. El autor plantea cuatro retos, si bien, nosotros procedemos a unificar los dos últimos.

En lo que concierne a los límites conceptuales, el problema que hoy presenta tal concepción es que incluye tanto actividades altruistas, de cooperación o apoyo recíproco como, por último, de ánimo de lucro. Esta diversidad de actividades requiere de una necesaria concreción que tendría que ir de la mano de una mayor especificación por parte de las propias plataformas. La determinación conceptual, sin embargo, no podrá llegarse a producir si no es en paralelo a una determinación clara del marco normativo por el que se vengan a regular las mismas (baste tener presente como plataformas que se dedican al transporte, como es el caso de UBER, no se consideran constreñidas al marco regulatorio del transporte).

Así, si contemplamos exclusivamente el consumo colaborativo, es sabido que éste de forma genérica "por una parte, puede cubrir las necesidades sociales en los casos de enfoque no comercial, y por otra, contribuir como actividad con ánimo de lucro, a generar empleo, cumpliendo (…) con las normas imperativas"[87]. Ahora, habría que ir a las distintas modalidades de consumo colaborativo, especialmente aquellas que revisten ánimo de lucro, y ver si realmente se someten a las normas imperativas de los distintos Estados en los que se llevan a cabo[88].

Ello, por tanto, enlazaría con el tercero de los retos en cuanto a la necesaria concreción del régimen al que deben someterse las plataformas y, con ellas, el régimen al que deben someterse las personas prestadoras de servicios a través de plataforma digital. El debate sobre este punto es complejo pues según como formulemos el interrogante, la respuesta que obtendremos será distinta. Así, si el enfoque va en la protección de la persona trabajadora, podríamos valorar:

- La laboralización de toda prestación de servicios a través de plataforma digital. Este criterio enlazaría con una interpretación teleológica del concepto de trabajador que permitiría extender toda la protección concedida al trabajador dependiente hacia otros colectivos vulnerables. Con ello, se identificarían a los profesionales como sujetos de protección frente a los "genuinos empresarios"[89].

Entiendo que no estaríamos ante un cauce adecuado por dos razones. Por un lado, desde una perspectiva estrictamente laboral, transformaríamos una herramienta, como es una plataforma, en un factor indiciario de dependencia,

87 Dictamen de 21 de enero de 2014 del Comité Económico y Social Europeo: "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI".

88 Baste recordar el caso UBER y la consideración, por su parte, del desarrollo de una actividad ajena al transporte.

89 En este sentido se expresan, DAVIDOV, A *Purposive Approach to Labour Law*, Oxford, 2016, p 35, y RISAK, M. and DULLINGER, T. The concept of worker in the EU Law. Status quo and potential for change, ETUI, Research Paper, Report 140, 2018, p. 8.

Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3190912

cuando tal indicio se debe deducir de cómo se emplee la plataforma y no de la existencia de ésta (algo semejante a lo vivido a través del proceso de general laboralización jurisprudencial de la actividad a través de un vehículo de transporte). Por otro lado, si lo que se pretende es extender el ordenamiento laboral más allá de sus fronteras, anularía la autonomía de la voluntad en el campo de las relaciones profesionales de carácter mercantil, suponiendo, en paralelo, una confrontación con el concepto de trabajador que se articula en otros países de nuestro entorno, lo que aportaría una manifiesta inseguridad jurídica. La complejidad de la reforma legal es tal que, a mi parecer, hace inviable tal opción.

- La laboralización de aquellas prestaciones de servicios a través de plataforma en las que se aprecie la presencia de la dependencia jurídica. Este criterio, es el que se ha venido a emplear, como ya hemos señalado, con los repartidores a través de plataforma (así como ha fundamentado, jurisprudencialmente, la configuración de nuevos criterios indiciarios en torno a la dependencia), pero no deja de abrirnos nuevos interrogantes. El primero, y más básico, sería considerar si es correcto valorar estas relaciones como comunes y con ello volcar sobre las mismas todo el ordenamiento laboral. No se trata, por tanto, de reiterar el debate en torno a la dependencia y ajenidad, sino considerar si tendrían que reconducirse las actividades a través de plataforma, al marco del art. 2 ET y, con ello, configurar marcos regulatorios específicos. De igual forma, ¿deberíamos optar por una regulación unitaria, o bien, optar por "aproximaciones sectoriales, en aquellos ámbitos en los que surjan ficciones con los operadores tradicionales"?[90].

Puede entenderse que la segunda de las líneas presentadas resulta la más conveniente en tanto no estamos ante perfiles uniformes. Al mismo tiempo, tales perfiles están vinculados a una evolución tecnológica que avanza a un ritmo extremadamente acelerado, lo que traería como consecuencia de una acelerada ordenación que la misma quedara rápidamente obsoleta.

- Con independencia a la presencia o ausencia de dependencia jurídica, no deja de ser cierto que las personas trabajadoras a través de plataforma digital son merecedoras de un marco de protección que tenga presente la particularidad de su prestación. En este marco, y como tercera opción, para el estricto campo del trabajo autónomo, habría que valorar una reformulación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, de Estatuto del Trabajador Autónomo .

[90] JARNE MUÑOZ, P. "El consumo colaborativo …". Op. cit., p. 74.

La segunda y tercera de las opciones presentadas, no tienen por qué ser autónomas, sino que pueden coexistir y ser complementarias.

En lo que concierne a la identificación de los trabajos de plataforma como relaciones laborales comunes, no considero que el actual marco estatutario este adaptado a este *modus operandi*. Más allá de los problemas que se visualizan a partir de la reforma del art. 64.4 ET, por vía de la Ley 12/2021 (se han sustituido los cauces de precarización, en tanto, en diversas empresas del sector del reparto, se ha optado por la subcontratación de los servicios, antes de, por cauces de laboralizar los trabajadores que, hasta el momento, prestaban sus servicios como profesionales), lo cierto es que en el trabajador tecnológico no convergen, en idéntico supuesto, las particularidades que acompañan al trabajador "analógico".

El trabajador tecnológico es un trabajador cualificado, menos dependiente y más libre, por lo que, si realmente pretendemos su encuadramiento como relación común, se hace necesario reformular la norma estatutaria. La adaptación de la norma estatutaria, pasaría por una redefinición del concepto de trabajador y, tal redefinición, requeriría a su vez de una armonización del concepto a nivel del Derecho de la UE. Y es aquí donde se plantea el problema.

Como manifiesta Sánchez-Urán, "*no parece que a corto plazo haya visos de que se adopte una norma general armonizadora sobre el concepto de trabajador (dimensión europea uniforme y autónoma que se aplique como suelo mínimo o garantía mínima en todos los países de la UE)*". Si bien, tal armonización podría aportar seguridad y uniformidad a nivel de las legislaciones UE, "*no deja de ser cierto que aceptar una noción tendencialmente universalista, pero "limitada", obstaculizaría la aplicación de la regulación laboral a personas que estuvieran en una situación similar y, por consiguiente, tuvieran necesidad de protección, aunque no cayeran dentro de la definición legal adoptada*"[91].

Dada la dificultad del encaje dentro del régimen común, el siguiente paso, como hemos anticipado, sobre la premisa de garantizar unos estándares de protección laborales a partir de la convergencia de los criterios indiciarios de dependencia y ajenidad, sería, para aquellos trabajadores sobre los que no converjan los requisitos del art. 11.2 LETA, acceder a la vía de las relaciones laborales especiales[92].

[91] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Mª. Y. "Economía de plataformas digitales y concepto de trabajador: derecho de la Unión Europea y ordenamientos nacionales", 2019, p. 9. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/51197/)

[92] La valoración de la doctrina no es uniforme al respecto. Así, al igual que TODOLI GIGNES lo ve positivamente, GARCÍA GONZÁLEZ tiene una opinión contraria. GARCÍA GONZÁLEZ G. "Transcendencia jurídico-laboral de la economía colaborativa: cuestiones controvertidas y propuestas de resolución", en AA.VV. RUBIO GIMENO, G (Dir.) Y ORTI VALLEJO, A. (Dir.):

Dichas relaciones, tendrían que pivotar, según Todolí[93], en:

- Un reconocimiento de autonomía más allá, por tanto, de la dependencia jurídica reconocida a un trabajador subordinado. El problema de este criterio, a mi parecer, es que afectaría a la conceptualización del trabajador.

- La configuración de un régimen de horarios y una jornada máxima que se configuraría de forma global.

- La imposibilidad de adopción de acuerdos de exclusividad. Con vistas a evitar la monopolización de los trabajadores.

- La asunción directa y exclusiva de los daños cometidos por los propios trabajadores, sin posibilidad de derivación al empresario como responsable subsidiario.

- La configuración de un marco retributivo particular en el que se configurase una retribución mínima por tiempo de trabajo efectivo y se ligase el valor de los tiempos de espera a lo que se acordase por negociación colectiva.

- La compensación por los gastos vinculados a la prestación de servicios que venga a exigir la plataforma.

Con todo, pese a que planteemos una reformulación de la norma estatutaria y, en paralelo, una inclusión de nuevas relaciones laborales especiales, se hace necesario la configuración de unos cauces de protección a favor de los trabajadores de plataforma, más allá de la convergencia, sobre éstos, de la dependencia jurídica. Sobre estos trabajadores-profesionales, entraría en juego su valoración como autónomos-TRADE[94]. Ahora, no se trata de una mera inclusión en el marco de la Ley 20/2007, de 11 de julio , sino en la necesidad de ensanchar tal norma hacia un nuevo colectivo de trabajadores económicamente dependientes, los autónomos tecnológicamente dependientes.

Hay que considerar que la complejidad de la situación actual se va a ahondar a medida que la evolución tecnológica y la presencia de nuevas plataformas, vaya incrementándose. Más que el uso, se trataría de evitar el abuso derivado de la ausencia o vacío legal y la práctica imposibilidad de utilizar los actuales cauces legales sin la

Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas, general y sectoriales. Aranzadi, 2019, p. 26 y ss.

[93] TODOLI SIGNES, A. “El impacto de la «uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. Ius Labor, 3, 2015, pp. 21-24. Disponible en: https://www.upf.edu/web/iuslabor/3/2015

[94] En tanto, sobre este último converjan los requisitos del art. 11 LETA.

realización de las oportunas reformas que identifiquen la incidencia del factor tecnológico.

La reordenación del marco normativo en aras a que los modelos de economía bajo demanda tengan una adecuada cabida en él, queda, por tanto, condicionado a la concreción de un régimen jurídico en el que posicionar a los intervinientes en el tráfico jurídico. Salvo que vayamos a una regulación sectorizada, mientras no podamos clarificar el *statu quo* de los prestadores de servicios con plataformas digitales, será difícil conformar un marco que dote de seguridad al tráfico jurídico dentro del marco de economía bajo demanda.

VII. REFLEXIÓN FINAL

No creo que sea discutible, a estas alturas, el reconocer que nos encontramos ante un nuevo modelo de relaciones laborales sobre el que se articula una prestación cuasi-independiente, no adaptada a los cauces tradicionales de protección de condiciones laborales.

A partir de ello, nuestros tribunales han buscado, en ausencia de marco regulatorio, adoptar criterios flexibles que, en un entorno de creciente precarización, garanticen los derechos laborales a los trabajadores. Pese a ello, no es competencia de los tribunales cubrir un vacío que deja el legislador, más cuando la actuación de los primeros, opera sobre las realidades concretas que conforman el objeto de una litis, lo que imposibilita adoptar la visión global que corresponde al legislador. Ahora bien, la efectividad del deseado marco ordenador pasa tanto por armonizar los marcos regulatorios a nivel europeo como, por valorar de forma conjunta, las distintas opciones que nos da el ordenamiento.

Como ya hemos expresado con anterioridad, no se trata exclusivamente de dotar de un nuevo marco de protección a los trabajadores asalariados, sino de reconocer como el trabajo con plataforma se hace presente en todo el marco productivo, de lo que se extrae la necesidad tanto de una reconfiguración en el marco de las relaciones laborales, como también, de forma extensible, la configuración de un marco de protección que se proyecte sobre relaciones contractuales de dispar naturaleza.

Con ello, la complejidad del proceso ordenador es mayor, en origen, si bien, evita futuros conflictos derivados de vacío normativo.

En definitiva, se hace necesario, por un lado, un proceso ordenador que conceptúe al nuevo trabajador tecnológico dentro de un ordenamiento común, más cuando la actividad a través de plataforma se pueda realizar en régimen de pluriactividad con otras competencias dentro de la empresa, o de la mano de la movilidad funcional (de igual forma se puede ser teletrabajador a distancia y teletrabajador presencial). Es decir, el

trabajo con plataforma no tiene por qué configurar una realidad independiente y ajena a la prestación tradicional de servicios. Y, no con ello, deja de requerir distintos estándares de protección.

Por otro lado, se hace necesario el desarrollo de relaciones laborales especiales, pues éstas posibilitan la extensión del ordenamiento laboral a aquellas áreas sobre las que el ordenamiento común hace incompatible el desarrollo del modelo de negocio.

Por último, se hace necesario adaptar los marcos de protección que, en la actualidad, se reconocen para los profesionales económicamente dependientes, reconociendo sobre éstos los derechos que se puedan derivar del nuevo rol tecnológico.

Frente a aquellos que entienden que la figura del TRADE ha supuesto un fracaso y que su implantación al marco del trabajo con plataforma, es inadecuada sobre la premisa de la prestación "a cientos de clientes sin que exista dependencia económica con ninguna de ellos"[95], hay que recordarles, como ya señalamos con anterioridad, que el trabajo mediante plataforma no queda restringido a los modelos sobre los que en la actualidad se ha generado debate (los repartidores) por lo que nada imposibilita que la plataforma digital se emplee con clientes a los que une un especial grado de dependencia económica.

Con todo, la figura del TRADE, presenta el mismo problema que hallamos en el ordenamiento laboral común; su inadecuación al mundo tecnológico. No planteamos su empleo en su modo actual, sino su reformulación y adaptación a la singularidad que el trabajo con plataforma pueda presentar al profesional.

En definitiva, la intervención regulatoria es fundamental con vistas a dotar de un marco de protección a los prestadores de servicios vulnerables, sean trabajadores por cuenta ajena típicos o trabajadores por cuenta propia típicos.

Pese a quienes entienden que una regulación prematura, podría impedir el desarrollo de esta nueva forma de trabajo[96] , lo cierto es que es muy difícil modificar legislativamente los malos hábitos que se terminen adquiriendo a partir de la permisividad de las autoridades y pasividad del poder legislativo[97]. Tal intervención, por tanto, no puede tener una visión reducida de la realidad ni articularse a través de modelos que son ajenos al cambio tecnológico que se está viviendo.

---

[95] TODOLI SIGNES, A. "El impacto de la «uber economy» en las relaciones laborales: …, op. cit., pp. 19-20.

[96] TROTTER HARDY, "The Proper Legal Regime for «Cyberspace»", University of Pittsburgh Law Review, V. 55, 1994 p. 993 y ss. Disponible en: http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/656

[97] FELSTINER, A. "Working the Crowd: Employment and …, op. cit., p. 198.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBADALEJO. M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo V, vol. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado.

ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo.* 4ª edición. Madrid: Editoriales de derecho Reunidas, 1981.

ARAMENDI SANCHEZ, J.P., "Reflexiones para la aplicación de la reforma laboral", Relaciones Laborales, 1994, núm. 22.

BALADAN, F. y HERNÁNDEZ VALERA, J. "Nuevas manifestaciones del relacionamiento laboral: E-Recruiting, reputación digital, trabajo 3.0 y relaciones laborales en la economía colaborativa". 16º Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID 2016.

BAYON CHACON, G, "El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo". Revista de política social, 1966, núm. 71.

BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid: Marcial Pons, 1978-1979

CALVO RODRÍGUEZ, E., *La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*, Tesis doctoral, Valencia, 2017. Disponible en: https://roderic.uv.es/handle/10550/61337.

CAMPS RUIS, L.M. *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

COLÁS-NEILÁ, E. "Prestación de servicios a través de plataformas digitales en la doctrina judicial española. ¿Trabajadores por cuenta ajena o autónomos?", LaBoUR & Law Issues, 2019, vol. 5, núm. 1.

DAVIDOV, A., *Purposive Approach to Labour Law*, Oxford, 2016.

DE LA VILLA L. E "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español", Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, 1972, núm. 4.

DE STEFANO, V., "The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»", ILO. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf

FELSTINER, A. "Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry". Berkeley Journal of Employment and Labor Law, núm. 32 (1), 2011.

GARATE CASTRO, J. "Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad", RPS, 1981, núm. 131.

GARCÍA GONZÁLEZ G. "Transcendencia jurídico-laboral de la economía colaborativa: cuestiones controvertidas y propuestas de resolución", en AA.VV. RUBIO GIMENO, G (Dir.) Y ORTI VALLEJO, A. (Dir.): *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas, general y sectoriales*. Aranzadi, 2019.

JARNE MUÑOZ, P., "El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro". Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2016 núm. 17.

MARTIN VALVERDE, A. "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* (Dir. Cruz Villalón, J.). Madrid: Tecnos, 1999.

MONTOYA MELGAR, A., "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo", en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo.* CRUZ VILLALON, J. (Dir.). Madrid: Tecnos, 1999.

MONTOYA MELGAR, A; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GALIANA MORENO, J. M.; y RIOS SALMERON, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Pamplona: Aranzadi, 2014.

PALOMEQUE LOPEZ, M.C.; ALVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.

PALOMO BALDA, E. "La relación de trabajo en las plataformas digitales. Calificación jurídica y derechos colectivos" IX Jornada anual de Derecho Colectivo. Mesa de lo Social de la Audiencia Nacional. 14 de junio de 2019.

PEDRAJAS MORENO, A., "Transportistas: Alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores". Actualidad Laboral, 1995 (II).

PESOLE, A., URZI BRANCATI, M.C, FERNÁNDEZ-MACÍAS, E., BIAGI, F., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, I., *Platform Workers in Europe Evidence from the COLLEEM Survey*, Publications Office of the European Union, 2018.

RAVENELLE, A. "Microentrepreneur or Precariat? Exploring the Sharing Economy through the Experiences of Workers for Airbnb, Taskrabbit, Uber and Kitchensurfing". First International Workshop in Sharing Economy (4 y 5 de junio de 2015). Copernicus Institute of Sustainable Development, Utecht University, Holanda, 2015.

RISAK, M. and DULLINGER, T. *The concept of worker in the EU Law. Status quo and potential for change,* ETUI, Research Paper, Report 140, 2018. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3190912

RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo". RPS, 1966, núm. 71.

ROJO TORRECILLA, E. "¿El final (judicial) de la saga Deliveroo? A propósito del auto del TS de 18 de mayo de 2021 (y breve recordatorio del conflicto en instancia y suplicación). Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/el-final-judicial-de-la-saga-deliveroo.html

SALA FRANCO, T. "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral", en AA.VV. BORRAJO DACRUZ, E. (Dir): *Trabajo y libertades públicas*. La Ley, 1999.

SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. "Reflexiones sobre los efectos de la globalización económica en los entes de economía social. Especial Referencia a la novedad de las cooperativas digitales". Lex Social, vol. 7 núm. 2/2017.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Mª. Y. "Economía de plataformas digitales y concepto de trabajador: derecho de la Unión Europea y ordenamientos nacionales", 2019, p. 9. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/51197/

SUAREZ CORUJO, B., "La controvertida figura de los transportistas con vehículo propio y su exclusión del ordenamiento laboral". REDT, 1999, núm. 94.

TODOLI SIGNES, A. "The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers" International Journal of Comparative Labour Law and industrial Relations, 2017, núm. 33, 2.

TODOLI SIGNES, A. "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", Lan Harremanak, 2019, núm.41.

TODOLI SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Tirant Lo Blanch, 2017

TODOLI SIGNES, A. "El impacto de la «uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo". Ius Labor, 3, 2015. Disponible en: https://www.upf.edu/web/iuslabor/3/2015

TODOLÍ SIGNES, A., "Nueva «Ley Ryder». Texto y un pequeño comentario a la norma", Blog Argumentos de Derecho Laboral. Disponible en: https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/

TROTTER HARDY, "The Proper Legal Regime for «Cyberspace»", University of Pittsburgh Law Review, V. 55, 1994. Disponible en: http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/656

VALDES DAL-RE, F., "Contrato de trabajo y contrato de transporte: el problema de la sustitución del trabajador", RPS, 1978, núm. 108.

VALDES DAL-RE, F., en "Ley y jurisprudencia en la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral: un diálogo en divergencia", La Ley, 1994 (II).

LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA FIGURA DEL ESQUIROLAJE

Por

MARÍA GORROCHATEGUI POLO
Doctoranda en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UPV/EHU

maria.gorrochategi@ehu.eus

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: En el marco de las relaciones colectivas de trabajo, la obsolescencia del régimen jurídico del derecho fundamental a la huelga no ha impedido que la incidencia de las nuevas tecnologías haya suscitado nuevas interrogantes, como la posibilidad de que la sustitución de trabajadores huelguistas se produzca a través de medios técnicos o tecnológicos. El presente trabajo parte del análisis del desarrollo efectuado por la doctrina constitucional sobre el alcance y el contenido de las formas clásicas de esquirolaje, hasta el reconocimiento más reciente del denominado esquirolaje tecnológico. Posteriormente, se abordará el debate jurisprudencial que ha existido en torno a esta figura, hasta que la Sentencia 17/2017 del Tribunal Constitucional puso fin al vaivén jurisprudencial, avalando la interpretación más restrictiva de derechos fundamentales y menos acorde con el alcance de las nuevas tecnologías en el marco actual de las relaciones laborales. Ello ha dado lugar a un importante retroceso en la protección del derecho de huelga de los trabajadores al permitirse recurrir a la ventaja tecnológica como medio empresarial de desactivación de los medios de protesta de las personas trabajadoras.

PALABRAS CLAVE: Derecho de huelga; nuevas tecnologías; esquirolaje; esquirolaje tecnológico.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: DIGITALIZACIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES.- II. EL DERECHO DE HUELGA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- III. LA EVOLUCIÓN DEL ESQUIROLAJE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA. 3.1 Esquirolaje externo. 3.2 Esquirolaje Interno. 3.3 Esquirolaje tecnológico.- IV. LA FIGURA DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN LA JURISPRUDENCIA. 4.1 La tolerancia del esquirolaje tecnológico. 4.2 La prohibición férrea de la sustitución por medios tecnológicos. 4.3 La nueva doctrina del Tribunal Constitucional. 4.4. Y de aquellos barros, estos lodos.- V. CONSIDERACIONES FINALES.- VI. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

THE IMPACT OF NEW TECHNOLOGIES ON THE CONCEPT OF STRIKE-BREAKING

ABSTRACT: In the framework of collective labour relations, the obsolescence of the current legal framework of the fundamental right to strike has not prevented the impact of new technologies from raising new questions, such as the possibility of the substitution of striking workers by technical or technological means. This paper starts by analysing the development of constitutional doctrine on the scope and content of the classic forms of strikebreaking, up to the most recent

recognition of the so-called technological strikebreaking. Subsequently, it will address the jurisprudential debate that has existed around this figure, until Decision 17/2017 of the Constitutional Court, which put an end to this jurisprudential back-and-forth, endorsing the most restrictive interpretation of fundamental rights and the less adequate with the scope of new technologies in the current framework of labour relations. This has led to a major setback in the protection of workers' right to strike by allowing the use of technological advantage as a corporate means to disable this form of workers' protest.

KEYWORDS: right to strike; new technologies; strike-breaking; technological strike-breaking.

SUMMARY: I. INTRODUCTION: DIGITALISATION AND NEW TECHNOLOGIES IN LABOUR RELATIONS.- II. THE RIGHT TO STRIKE IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM.- III. THE EVOLUTION OF STRIKE-BREAKING IN THE EXERCISE OF THE RIGHT TO STRIKE. 3.1 External strike-breaking. 3.2 Internal strike-breaking. 3.3 Technological strike-breaking.- IV. THE FIGURE OF TECHNOLOGICAL STRIKE-BREAKING IN THE JURISPRUDENCE. 4.1 The tolerance of technological strike-breaking. 4.2 The prohibition of substitution by technological means. 4.3 The new doctrine of the Constitutional Court. 4.4. Given these changes, we get the current situation.- V. FINAL CONSIDERATIONS.- VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN: DIGITALIZACIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES

La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TICs), la digitalización, la inteligencia artificial o la robótica en el contexto productivo han tenido un fuerte impacto en las relaciones laborales[1]. En particular, los cambios tecnológicos han supuesto una alteración del paradigma clásico de la gran empresa industrial vertical e integrada, que empleaba a un gran número de personas trabajadoras y se estructuraba físicamente en torno a los centros de trabajo[2]. Las nuevas formas productivas propias de la industria 4.0 se caracterizan por la atomización empresarial, mediante la creación de redes de empresas basadas en la deslocalización, la descentralización o subcontratación, y el empleo de un número reducido de personas trabajadoras en centros de trabajo diseminados, cuando no inexistentes[3]. Si bien este nuevo modelo empresarial es el que parece imponerse en el siglo XXI, lo cierto es que, todavía hoy, estas nuevas tendencias conviven con estructuras empresariales de concepción tradicional, esto es, con aquellas que no desean o no requieren necesariamente

[1] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos Laborales Digitales: Garantías e interrogantes,* Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 13-14.
[2] ÁLVAREZ ALONSO, D., "El futuro del trabajo y su regulación jurídica ante los retos de la "atomización" y la fragmentación empresarial", en Conferencia Nacional Tripartita, *El futuro del trabajo que queremos*, 2017, p. 11. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents%20/publication/wcms_615487.pdf
[3] En extenso, *vid.,* GOLDIN, A., "La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo", en AA.VV., *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial,* Comares, 2018, pp. 25-41. MONEREO PÉREZ, J.L., "El derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo", *Lan Harremanak*, núm. 2, 2012, pp. 259-264.

adaptarse al prototipo de "empresa digitalizada[4]". A resultas de lo anterior, es posible encontrar varios modelos productivos empresariales. En primer lugar, se pueden distinguir aquellas empresas que responden al modelo clásico o tradicional y que recurren -principalmente- a la mano de obra en su proceso productivo[5]. En segundo lugar, nos encontramos con aquellas empresas que se encuentran inmersas en un proceso de digitalización y, por ende, combinan en su proceso productivo medios tecnológicos con medios humanos. Y por último, podemos advertir la existencia de empresas digitalizadas, esto es, aquellas que recurren intensamente al uso de las nuevas tecnologías y cuentan con procesos productivos fuertemente automatizados, robotizados o digitalizados[6].

Este nuevo panorama productivo ha transformado el mundo de las relaciones laborales en su conjunto, esto es, no sólo impactando sobre la vertiente individual de la disciplina de Derecho del Trabajo, sino que también altera las relaciones laborales colectivas, pese a que éstas últimas no hayan sido objeto de un análisis tan detallado e intenso por parte de la doctrina laboralista como las que se han realizado sobre la relación laboral individual[7]. Sin perjuicio de ello, las nuevas tecnologías también han impactado de manera relevante sobre los derechos colectivos de los trabajadores y, por lo tanto, no puede considerarse como una cuestión menor[8]. Así, a estos efectos, puede decirse que la automatización de los procesos productivos ha incidido de forma significativa -entre otros- en el ejercicio del derecho de huelga, pues abre la posibilidad de que la actividad productiva empresarial continúe durante el desarrollo de la huelga mediante la sustitución de los medios humanos, esto es, de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos, colocando así en una posición todavía más débil al trabajador. Este fenómeno ha dado lugar a la aparición de una nueva figura de creación jurisprudencial a la que se ha venido a denominar "esquirolaje tecnológico"; realidad ésta que nos lleva a plantearnos si el marco regulatorio del Derecho a la huelga[9] y, en

[4] SOLER ARREBOLA, J.A., "Reflexiones sobre la negociación colectiva en redes empresariales horizontales y verticales", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 238, 2021, p. 2.

[5] Si bien, tal y como afirma CRUZ VILLALÓN, la tecnología ha conquistado todos los sectores productivos y gran parte de los procesos productivos han incorporado las tecnologías digitales, con ello se pretende hacer referencia a los procesos productivos en los que la mano de obra sigue siendo el elemento fundamental y no así el factor tecnológico. *Vid.,* CRUZ VILLALÓN, J. "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, p. 17.

[6] VALLE MUÑOZ, F.A., "La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 52, 2020. pp. 25-26 y p. 37.

[7] GOERLICH PESET, J.M., "Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo", *Revista de Treball, Economia i Societat,* núm. 92, enero 2019, p. 1.

[8] GOERLICH PESET, J.M., "Economía digital y acción sindical" en TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado,* Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 591 y ss.

[9] Aunque el presente trabajo se centra en la figura del esquirolaje, la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga también ha planteado otros interrogantes. Los primeros que

concreto, del esquirolaje, edificados sobre el paradigma de la empresa industrial, ofrece la misma tutela y garantías a la parte débil de la relación laboral en todos los modelos productivos que conviven en la realidad empresarial actual y a los que se ha aludido con anterioridad. En otras palabras, la interrogante principal que aquí se desea responder es si la configuración actual del esquirolaje contenido en nuestro derecho se adapta a los avances que incorporan las nuevas tecnologías en el proceso productivo.

A esta finalidad se dedica el presente trabajo en tanto que tiene por objeto analizar el impacto de las nuevas tecnologías en la figura esquirolaje y en su tratamiento, ya sea por parte de la doctrina constitucional y/o por parte de la jurisprudencia, dada la obsolescencia que sobre este particular exhibe, como se verá, la regulación vigente. Para estudiar esta cuestión, se partirá de un breve análisis de la regulación del derecho de huelga en nuestro ordenamiento jurídico (2); seguidamente se analizarán las distintas formas de sustitución de los trabajadores huelguistas que se han ido distinguiendo por parte de la doctrina constitucional (3) y posteriormente, se abordará la adaptación del citado derecho a la realidad actual, mediante la creación jurisprudencial de la figura del esquirolaje tecnológico (4), para concluir con unas consideraciones finales (5).

II. EL DERECHO DE HUELGA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La denominada "revolución tecnológica[10]" no ha servido de aliciente para la adopción de una Ley Orgánica que desarrolle el derecho fundamental a la huelga, en tanto que medida de conflicto que permite la promoción, protesta y reivindicación de los intereses de los trabajadores. Resulta sorprendente que el régimen jurídico que regula el derecho de huelga sea de origen preconstitucional, lo que constituye no es solo la mayor anomalía del ordenamiento laboral español[11] sino que, también, permite afirmar que se trata de un derecho cuya regulación no se encuentra adaptada a la realidad y circunstancias actuales, lo que ha derivado en la constante interpretación y desarrollo de

se plantearon fueron en relación con el posible uso y límites de las nuevas tecnologías por parte del empresario y de los representantes de los trabajadores. Entre otros, se planteó el uso los medios tecnológicos para dar publicidad a la huelga; el uso de las redes sociales y otras herramientas de comunicación online para amplificar el conflicto (por ejemplo, páginas web de las fuerzas sindicales, blogs, YouTube o las plataformas de *streaming*) En este sentido, *vid.* GOERLICH PESET, J.M., "Digitalización y derecho de huelga", *Temas Laborales,* núm. 155, 2020, pp. 100-101. Posteriormente, fueron planteadas cuestiones relacionadas con el control empresarial, tanto de los dispositivos digitales (principalmente, el correo electrónico) utilizados por los sindicatos para ejercer su derecho de información, permitiendo a la empresa fiscalizar la convocatoria de la huelga, como en relación con las cámaras de videovigilancia instaladas en los centros de trabajo para grabar la actuación de los piquetes informativos. En este sentido, *vid.* VALLE MUÑOZ, F.A., "La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 52, 2020, p. 2.

[10] Sobre la cuarta revolución industrial y las características de la revolución tecnológica, *vid.,* SCHWAD, K., *La Cuarta Revolución Industrial,* Debate, 2016.

[11] TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, 2018, p. 25.

este derecho por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para su adecuación al marco actual de las relaciones laborales[12].

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico consagra el derecho de huelga en el máximo rango de protección y garantías, otorgándole la consideración de derecho fundamental[13] mediante su inclusión en el Capítulo II del Título I. El artículo 28.2 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores con el único límite del aseguramiento de los servicios esenciales para la comunidad[14]. Como se apuntaba, en tanto en cuanto no se dicte una Ley Orgánica que desarrolle el precepto constitucional[15], el régimen jurídico del derecho de huelga sigue estando regulado por las disposiciones del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT[16]).

La huelga se configura como un derecho fundamental que sirve de instrumento de presión para la "afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales", tal y como afirma la STC 11/1981, de 8 de abril [17]. Consiste en la paralización total o parcial de la actividad empresarial con una finalidad reivindicativa derivada de la cesación de la prestación de servicios por aquellos trabajadores que deciden ejercer este derecho atribuido *uti singuli,* si bien de ejercicio colectivo[18]. Por ende, el empresario deberá soportar las

[12] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., *Manual de Derecho Sindical,* Comares, 9ª Ed., 2014, pp. 286-287 y p. 318. LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., "Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, pp. 2 y ss.

[13] Dentro del marco jurídico del derecho de huelga, llama la atención el contraste existente entre su la moderna concepción constitucional, que concibe el derecho de huelga como un derecho fundamental y su marco normativo regulador preconstitucional, que aún porta el sustrato de etapas predemocráticas, tal y como afirma la Profa. Miñarro Yanini. *Vid.,* MIÑARRO YANINI, M., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero", *RTSS CEF*, núm. 429, 2018, p. 2.

[14] El artículo 28.2 CE establece lo siguiente: *"Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".*

[15] Se trata del único derecho fundamental de la CE que carece en la actualidad de ley orgánica que lo desarrolle. En junio de 1992 se aprobó un Proyecto de Ley Orgánica de Huelga por mayoría en el pleno del Congreso y el del Senado, pero finalmente, no vio la luz debido a la disolución de las Cortes en 1993. Sobre el proyecto de ley, *vid.,* DOMÍNGUEZ BAUTISTA, J.C., "Algunos apuntes sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga", *Boletín de la Facultad de Derecho,* núm. 3, 1993, pp. 19 y ss.

[16] Sobre el RDLRT cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981) se pronunció sobre la aplicación del mencionado RDL, estableciendo que "La regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de Ley Orgánica".

[17] STS (Pleno) 11/1981, de 8 de abril. BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981.

[18] STC 123/1992, de 28 de septiembre (BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992). FJ Segundo.

consecuencias que se deriven del ejercicio de tal derecho por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar.

Como consecuencia de lo anterior, y para garantizar la efectividad de este derecho, durante el desarrollo de esta medida de conflicto, la libertad de empresa (artículo 38 CE) queda limitada y el empresario vedado a llevar a cabo ciertas conductas[19]. Entre dichas conductas, se prohíbe la práctica del esquirolaje, entendido éste como la sustitución de los trabajadores huelguistas utilizada por el empresario para la minimización o anulación de los efectos de la huelga[20].

III. LA EVOLUCIÓN DEL ESQUIROLAJE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

El ordenamiento jurídico español prohíbe explícitamente la práctica del esquirolaje de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.5 del RDLRT, que señala que "*En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo*". Por su parte, es sabido que únicamente se contemplan dos casos excepcionales en los que existe causa habilitante para la mencionada sustitución. En primer lugar, que se produzca el incumplimiento de los servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa y, en segundo lugar, el aseguramiento de los servicios mínimos esenciales para la comunidad (artículo 10 RDLRT). Como es visible, se trata de un régimen jurídico escueto que ha precisado de la intervención interpretativa del Tribunal constitucional para desarrollar su alcance y contenido, distinguiendo tradicionalmente a estos efectos dos formas de esquirolaje: el externo (3.1) y el interno (3.2) a las que se ha añadido -de manera reciente- una tercera: el esquirolaje tecnológico (3.3).

3.1. El esquirolaje externo y la problemática del denominado como "esquirolaje organizativo"

La dicción literal del artículo 6.5 RDLRT proscribe el esquirolaje externo, que consiste en la contratación de trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de declararse la huelga para sustituir a los trabajadores huelguistas[21]. En definitiva, tal y como señala el

[19] Respecto a la compleja situación jurídica pasiva en la que se encuentra el empresario ante la huelga, *vid.,* ORTEGA LOZANO P.G., y GUINDO MORALES, S., "Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019, pp. 3-4.
[20] TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, *cit.,* p. 49.
[21] La doctrina científica entiende que también debe considerarse prohibida la posibilidad de que dicha sustitución se produzca por personas no trabajadoras, esto es, acudiendo al trabajo de

Tribunal Constitucional en su Sentencia 66/2002, de 21 de marzo [22], el precepto trata de evitar que la libertad de contratación del empresario pueda utilizarse como instrumento para privar de efectividad la huelga, mediante la colocación de nuevo personal con la finalidad de desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En este sentido, constituyen los supuestos más habituales de esquirolaje externo la celebración de contratos de puesta a disposición para sustituir a los trabajadores en huelga durante el turno de noche por trabajadores de una ETT[23] o la sustitución de un trabajador huelguista por otro de una empresa externa[24]. Sin perjuicio de los supuestos de esquirolaje "clásicos" a los que se ha hecho referencia, cabe señalar la existencia de una forma de esquirolaje conexa a las ya mencionadas a la que la doctrina laboralista ha denominado "esquirolaje organizativo[25]" y que se traduce en la posibilidad de que exista esquirolaje externo por parte de un empresario tercero en los supuestos de descentralización productiva. La característica clave en estos supuestos radica en examinar si la descentralización se produce libremente, o bien, si se produce en el seno de un grupo de empresas, pues ello determinará si existe algún tipo de circunstancia específica que obligue a la empresa principal a respetar la huelga y a no contratar con terceros las obras o servicios que ya tenía contratados so pena de incurrir en esquirolaje externo. Esta cuestión ha sido objeto de debate en diversas ocasiones, tal y como lo demuestran las sentencias del TS de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014) y de 3 de octubre de 2018 (Rec. 3365/2016[26]) que enjuician esta realidad en supuestos de subcontratación dentro de empresas integradas en el mismo grupo empresarial.

En ambos casos, se trata de grupos editoriales, que agrupan algunos de los diarios más importantes de nuestro país y que cuentan con una empresa dedicada a la actividad

---

familiares o amigos o al trabajo benévolo siempre y cuando el fin perseguido sea el de anular o aminorar los efectos de la huelga. TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, *cit.,* p. 51; SIRVENT FERNÁNDEZ, N., "La vulneración empresarial del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios", *Temas Laborales,* núm. 128, 2015, p. 146 y p. 150. Sin embargo, existe un pronunciamiento de la Sala 3ª del TS -STS de 18 de septiembre de 1997 (Rec. 12078/991)- en el que la sustitución de los trabajadores huelguistas por familiares no se considera una conducta vulneradora del derecho de huelga.

[22] STC 66/2002, de 21 de marzo (BOE núm. 91, de 16 de abril de 2002). FJ Séptimo.

[23] STSJ Galicia, de 7 de septiembre de 2020 (Rec. 1732/2020). Si bien está expresamente prohibido por el artículo 8 a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: "a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria".

[24] STSJ Cataluña, de 20 de mayo de 2019 (Rec. 671/2019).

[25] DESDENTADO BONETE, A., "Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian. Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Audiencia Nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2015 y GOERLICH PESET, J.M., "Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva", en AEDTSS (Coord.) *Descentralización Productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Cinca, 2018, p. 13 versión online. También se ha denominado por la doctrina científica "esquirolaje indirecto". En este sentido, *vid.* TASCÓN LÓPEZ, R*., El esquirolaje tecnológico*, *cit.,* p. 50.

[26] *Vid.* igualmente, STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014); STSJ Cataluña, de 8 de mayo de 2018 (Rec. 724/2018) o STSJ de Cataluña, de 12 de marzo de 2018 (Rec. 99/2918).

de impresión de productos de prensa; empresa ésta última en la que se produce la convocatoria de huelga. Ante la imposibilidad de realizar los trabajos encomendados durante esos días por la convocatoria de la huelga, las empresas principales -esto es, los distintos periódicos- encargan la impresión de los diarios a terceras empresas, de tal manera que, pese a que las huelgas fueron secundadas por la totalidad de las plantillas en ambos casos, los diarios se imprimieron y distribuyeron en los puntos de venta con normalidad. El Tribunal Supremo consideró que se produce una vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa principal pues la impresión de las distintas publicaciones durante los días de huelga incidió seriamente en los efectos y repercusión de ésta, ya que, al contratar con otras empresas, las publicaciones aparecieron con normalidad en el mercado, lo que privó de repercusión apreciable a la huelga. Y ello, aunque no exista una relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, pues -razona el Tribunal Supremo- no cabe alegar la inexistencia de una relación laboral con los trabajadores huelguistas para apelar a la falta de responsabilidad en el ejercicio de su derecho de huelga. La relación entre la empresa principal y la empresa contratista en la que se convocan la huelga no es una mera relación mercantil, sino que existe una relación más intensa o una vinculación más especial derivada del hecho de que ambas empresas pertenecen a un mismo grupo empresarial. En efecto, es esa vinculación especial entre los trabajadores huelguistas de la empresa contratista y la empresa principal, la que determina que el derecho de huelga pueda verse afectado por la actuación de los empresarios principales, razón por la cual los trabajadores huelguistas habrán de ser protegidos frente a posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga.

A diferencia de lo acaecido en los litigios anteriormente señalados, el TS en la Sentencia de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 59/2016[27]) resuelve la cuestión señalando que no se ha producido una vulneración del Derecho de huelga. En este caso, nos encontramos ante un supuesto donde la empresa Altrad Rodisola -dedicada a la actividad de montaje y desmontaje de andamios- comunica al Comité de Empresa su voluntad de llevar a cabo un proceso de reestructuración con la finalidad de reducir costes y permitir la viabilidad futura de la empresa. Durante el periodo de consultas se convoca una huelga indefinida en uno de los centros de trabajo de la empresa, ante el desacuerdo con las pretensiones patronales. Pues bien, durante una de las jornadas de huelga convocada, ante la imposibilidad de la empresa Altrad de llevar a cabo los trabajos encomendados, dos de sus empresas contratistas decidieron recurrir a otras empresas terceras para ejecutar los trabajos de montaje y desmontaje que tenía que haber hecho Altrad.

[27] *Vid.* en este sentido, STS de 23 de enero de 2017 (Rec. 60/2016).

Se alega la vulneración del derecho de huelga por sustitución de los trabajadores huelguistas. Ahora bien, en este supuesto y a diferencia de los supuestos analizados anteriormente, entre la empresa contratista y la empresa principal no existe una vinculación especial que *"justifique hacer responder a Altrad Rodisola de una conducta en la que no ha participado y en la que no ha podido intervenir para tomar la decisión",* sino que tan solo existe un contrato mercantil. Concluye dicha Sentencia que no puede impedirse a los clientes contratar o recurrir a los bienes o servicios de otras empresas pues ello conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga.

3.2. El esquirolaje interno y "sus modalidades"

Como es sabido, el esquirolaje interno consiste en que el empresario recurra a la movilidad funcional dentro de la empresa para cercenar la eficacia de la huelga, a través de la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa que desempeñan funciones o tareas distintas a las habituales, en distinto grupo profesional, en distinta jornada o turno e incluso en un lugar de trabajo distinto. En relación con esta tipología de esquirolaje, en un primer momento se planteó si este mecanismo de sustitución de los trabajadores huelguistas debía entenderse también proscrito. La duda se planteaba porque ni el RDLRT ni ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico limitan específicamente la facultad empresarial de movilidad funcional durante el desarrollo de la huelga, dando lugar a opiniones jurisprudenciales contrapuestas y debates doctrinales intensos en tal sentido[28]. Esta incertidumbre fue resuelta en la STC 123/1992, de 28 de septiembre [29] y completada posteriormente por la STC 33/2011, de 28 de marzo [30]. En ambas, el TC se pronuncia sobre la cuestión determinando que, en un contexto de huelga legítima, el poder de dirección del empresario (*ex* artículo 20 ET) queda anestesiado, paralizado, se mantiene en una vida

[28] En efecto, la discrepancia sobre la utilización del poder de organización empresarial no solo se reflejó en la jurisprudencia sino también en la doctrina, de modo y manera que una parte de la doctrina sostenía la prohibición de su utilización mostrándose partidarios de una interpretación extensiva (J.M. Goerlich Peset, I. García Perrote, P. Cruz Villalón, entre otros) y otra, su posibilidad de uso por parte del empresario, al no encontrarse expresamente prohibido en la ley (A. Ojeda Avilés, M. Alonso Olea o F. Rodríguez Sañudo). Al respecto, *vid.,* LÓPEZ LLUCH, I., "El derecho de huelga: Nueva doctrina sobre el "esquirolaje tecnológico" en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012", *Aranzadi Social,* núm. 5, Vol. 6, 2013, pp. 153-171.

[29] STC 123/1992, de 28 de septiembre, afirma en su FJ Quinto que la preeminencia del derecho de huelga produce, durante su ejercicio, *"el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre".*

[30] STC 33/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).

vegetativa o latente cuando se utiliza para privar de efectividad a la huelga (FJ Quinto de la STC 123/1992, de 28 de septiembre y FJ Cuarto STC 33/2011, de 28 de marzo). Por lo tanto, el ejercicio abusivo del *ius variandi* del empresario*,* a través de la sustitución de los trabajadores huelguistas, no puede ser tolerado pues quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo[31].

Además de lo expuesto, debe señalarse que el TS ha venido distinguiendo dos formas en las que puede producirse el esquirolaje interno. En primer lugar, aquélla que se produce de manera intencional, esto es, mediante una decisión empresarial que determine la sustitución de los trabajadores huelguistas; o bien, en segundo lugar, de forma objetiva, esto es, mediante la tolerancia empresarial de la sustitución de los huelguistas por aquellos trabajadores que deciden no secundar la huelga[32]. En cuanto a la sustitución intencional, el TS tuvo la ocasión de pronunciarse entre otras, en la Sentencia de 13 de enero de 2020[33], calificando el supuesto de hecho como un ejercicio abusivo de las facultades directivas de la empresa Corporación de Radio Televisión de Galicia durante la huelga convocada por varias organizaciones sindicales para el día 8 de marzo de 2018, que tenía como principal demanda alcanzar la igualdad real de las mujeres en el ámbito laboral. Y es que, durante el paro de 24 horas convocado, la empresa sustituyó internamente a la presentadora del programa "Noticias Mediodía" que se encontraba ejerciendo el derecho de huelga mediante otro trabajador de nivel superior perteneciente a la redacción del programa, provocando así la minimización de la presión que pretendía el Sindicato convocante. La huelga pretendía visibilizar las consecuencias de la ausencia de mujeres trabajadoras en sus puestos de trabajo y, sin embargo, la empresa posibilitó la emisión del programa -que no estaba dentro de los servicios mínimos- mediante la sustitución de la presentadora por otro trabajador al que se le atribuyen funciones distintas a las que habitual y ordinariamente desempeña. En definitiva, el TS entiende que la facultad organizativa de la que dispone la empresa en circunstancias normales no puede operar en una situación de huelga, utilizándose el *ius*

[31] Pese a la falta de regulación del esquirolaje interno en el RDLRT, sí se contempla tal forma de esquirolaje en la ley que regula la responsabilidad administrativa del empresario en el supuesto de lesión del derecho de huelga. Así, el artículo 8.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) tipifica como infracción muy grave "los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento".
[32] Distinción efectuada en la STC 123/1992, de 28 de septiembre.
[33] STS de 13 de enero de 2020 (Rec.138/2018). *Vid.* Igualmente a título ejemplificativo, la STS de 5 de diciembre de 2012 (Rec. 265/2011) o STS de 18 de marzo de 2016 (Rec. 78/2015).

variandi con el objetivo de que la ausencia de los trabajadores huelguistas no impida el funcionamiento o actividad habitual de la empresa[34].

Por lo que atiene al supuesto de sustitución objetiva, tanto el TC como el TS se han pronunciado sobre esta cuestión, esto es, determinando el alcance de la responsabilidad empresarial frente a esta modalidad de esquirolaje donde, como se ha expresado, no existe una intervención activa en la sustitución de huelguistas por parte de la empresa. Así, y por lo que respecta al TC, debe recordarse la STC 33/2011, de 28 de marzo , que enjuicia un supuesto donde los directivos y otros mandos intermedios del "Diario ABC" -que decidieron libremente no secundar la convocatoria de huelga- asumen por voluntad propia las funciones de los huelguistas, que no les correspondían, para lograr sacar una tirada reducida del diario el día de la huelga. Afirma el TC que la responsabilidad empresarial no se limita únicamente a las consecuencias de sus propias conductas, sino que, también, nace de las actuaciones y decisiones tomadas por sus mandos intermedios y demás terceros que dependan de él[35]. Por tanto, la tolerancia de las acciones dirigidas a neutralizar y vaciar materialmente de forma sustancial el ejercicio del derecho de huelga mediante la utilización, consentimiento empresarial tácito u omisión de toda reacción o prevención que impida a las estructuras de mando la sustitución de los trabajadores huelguistas de categorías inferiores, constituye un acto de esquirolaje interno[36].

Por su parte, el TS ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el mismo sentido de manera más reciente, poniendo fin o unificando -además- las doctrinas contrapuestas existentes hasta la fecha en los TSJ sobre la cuestión de la responsabilidad de la empresa por los actos de sustitución de los trabajadores huelguistas no alentados, aprobados o conocidos por ésta[37]. En efecto, en la STS de 6 de octubre de 2021 (Rec. 4975/2018[38]), nos encontramos ante un supuesto de sustitución de trabajadores huelguistas por parte de los responsables de área, que realizan tareas que ordinariamente no tienen encomendadas por su propia iniciativa, esto es, sin que éstos hayan recibido órdenes ni instrucciones de la empresa en tal sentido. Pues bien, ante esta situación, el TS va a declarar que los trabajadores que deciden libremente no secundar la convocatoria de huelga no pueden sustituir el trabajo de sus compañeros, pues ello constituiría un supuesto de sustitución objetiva. Como es visible, la relevancia

[34] STS de 18 de marzo de 2016 (Rec. 78/2015), FJ 5º.
[35] STC 33/2011, de 28 de marzo, FJ 6º.
[36] STC 33/2011, de 28 de marzo, FJ 7º.
[37] *Vid.,* STSJ de Madrid, de 27 de abril de 2004 (Rec. 620/2004); STSJ del País Vasco, de 5 de julio de 2011 (Rec. 11643/2022) y SSTSJ de Navarra, de 15 de octubre de 2018 (Rec. 282/2018); de 17 de octubre de 2018 (Rec. 286/2018) y de 19 de octubre de 2019 (Rec. 292/2018).
[38] *Vid.,* Sentencias de los recursos de casación por unificación de doctrina (RCUD) deliberados por la Sala de lo Social del TS en la misma fecha, de 6 de octubre de 2021: Rec. 4969/2018; 4972/2018; 4976/2018; 4981/2018; 4983/2018; 4984/2018 y 4985/2018.

de esta sentencia radica en que el Alto Tribunal haya precisado que, aunque los actos de sustitución tengan una incidencia reducida en la efectividad de la huelga, siguen siendo considerados vulneradores del derecho de huelga[39], poniendo fin -como se ha adelantado- a las distintas sensibilidades que a tales efectos mostraban los TSJ de nuestro país.

En definitiva, esta Sentencia confirma la recepción expresa por el TS de la doctrina acogida por el TC. Ello permite afirmar que, en lo que se refiere al esquirolaje interno, tanto TC como el TS coinciden en apreciar la existencia un deber exigible de prevención de actos anti huelga que ha de llevar a cabo la empresa para impedir la sustitución de las personas huelguistas, sin que ello suponga una colaboración en el éxito de la misma[40].

3.3. El esquirolaje tecnológico

Como es visible, hasta aquí nos hemos referido a la aproximación que nuestros órganos jurisdiccionales han realizado sobre la prohibición del esquirolaje cuando éste es protagonizado por seres humanos, esto es, cuando la sustitución de trabajadores huelguistas se realiza por otras personas trabajadoras, ya sean externas o internas a la empresa donde se ha declarado la huelga. La problemática se acrecienta cuando la sustitución de los huelguistas se produce mediante elementos de índole técnico como pueden ser las máquinas o los dispositivos tecnológicos, esto es, cuando nos encontramos ante lo que se denomina como "esquirolaje tecnológico".

Para que se produzca una situación de esquirolaje tecnológico, se exige la concurrencia de dos requisitos: por un lado, el uso de medios técnicos, virtuales, automáticos o tecnológicos por parte de la empresa para reemplazar la prestación física de los trabajadores[41]; y por otro, que dicho uso produzca el vaciamiento del derecho de huelga, anulando o minorando la presión ejercida a través de la acción colectiva[42]. La aparición del denominado esquirolaje tecnológico se circunscribe, generalmente, a

[39] ROJO TORRECILLA, E., "El TS confirma: el esquirolaje interno, aunque sea por breve tiempo, afecte poco al conflicto y se haga por "iniciativa propia", sigue siendo una vulneración del derecho de huelga. Notas a la sentencia de 6 de octubre de 2021, *El Blog de E. Rojo Torrecilla*, 5 de noviembre de 2021. Disponible en el siguiente enlace: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/el-ts-confirma-el-esquirolaje-interno.html (Última consulta: 30/07/2022).
[40] NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "El deber del empleador de prevención del esquirolaje interno espontáneo", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021, p. 5.
[41] GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., "Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *Revista de Información Laboral,* núm. 6, 2017, p. 2.
[42] TASCÓN LÓPEZ, R, *El esquirolaje tecnológico*, *cit.,* p. 62.

sectores fuertemente tecnológicos[43], en los que una gran parte de la actividad empresarial o del proceso productivo se realiza a través de medios automáticos, tecnológicos o digitales (sector audiovisual o sector de las telecomunicaciones, entre otros)[44].

Esta nueva forma de esquirolaje plantea interesantes debates en la doctrina[45]. El primero de ellos, en relación con la libertad de empresa (artículo 38 CE): ¿qué uso de los medios tecnológicos no interfiere con el derecho de huelga y queda, por tanto, amparado por la libertad empresarial? El segundo, en relación con el poder de organizativo del empresario (artículo 20 ET): ¿supone una extralimitación del *ius variandi* el uso de los medios tecnológicos existentes y habituales en la empresa?

Como fácilmente puede deducirse, la norma de origen preconstitucional que regula el derecho a la huelga no había contemplado -ni tan siquiera planteado- la posibilidad de que la sustitución de los trabajadores huelguistas se efectuara a través de medios técnicos o herramientas tecnológicas, por lo que esta laguna normativa ha tenido que ser suplida -como no podría ser de otro modo- por la interpretación efectuada a propósito de esta nueva forma de esquirolaje tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo[46]. Lejos de ofrecer una respuesta unívoca a este nuevo fenómeno, la jurisprudencia del TS ha sufrido ciertos vaivenes desde el primer pronunciamiento en el año 2000 hasta sus pronunciamientos más recientes, influenciados estos últimos por el asentamiento de la doctrina constitucional, tal y como se analizará a continuación.

---

[43] *Ibidem,* p. 11. En el mismo sentido, TALENS VISCONTI, E., "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", *Revista Doctrinal Aranzadi social,* núm. 5, 2013, p. 3: "*debido al avance de la ciencia, esta problemática podría extenderse hacia otro tipo de sectores, aumentándose con ello los supuestos en los que de forma automatizada puedan sustituirse algunas funciones de los trabajadores en huelga. Piénsese, por ejemplo, en la programación mecánica para continuar con la producción en una cadena de montaje, o en un convoy de tren o metro que pudiera funcionar de forma automática, etc. El escenario, a día de hoy, se da sobre todo en el sector de la radiotelevisión, puesto que de forma relativamente sencilla se puede dar continuidad a las emisiones de programas o de publicidad durante la celebración de una huelga".*

[44] La figura del esquirolaje tecnológico engloba un conjunto amplio de conductas, algunas de las cuales no consisten en la mera sustitución de los trabajadores huelguistas sino, más bien, en el mantenimiento de un nivel de producción determinado durante la huelga (TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, *cit.,* pp. 63-68). A título de ejemplo, la STSJ País Vasco, de 15 de noviembre de 2019 (Rec. 1862/2019) considera esquirolaje tecnológico la conducta consistente en el traslado de equipos y maquinaria propiedad de la empresa en la que se había convocado la huelga a otra empresa distinta a efectos de minimizar los efectos de la huelga.

[45] SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B., "El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico", *Estudios de Deusto*, vol. 69/1, 2021, pp. 89-90.

[46] VALLE MUÑOZ, F.A., "La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga", c*it.,* p. 12.

IV. LA FIGURA DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal y como sucedió con el esquirolaje externo e interno, la aproximación de nuestros tribunales al esquirolaje tecnológico ha ido evolucionado de manera progresiva. Tanto es así que se pueden distinguir varias etapas en el tratamiento jurisprudencial de esta figura[47]: una primera etapa caracterizada por la tolerancia hacia la utilización de medios técnicos para paliar los efectos de la huelga (4.1); una segunda etapa de prohibición férrea de cualquier sustitución de los trabajadores huelguistas por medios técnicos o tecnológicos (4.2); una tercera etapa, caracterizada por el asentamiento de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional (4.3) y una cuarta etapa, caracterizada por la recepción de la doctrina constitucional por parte del Tribunal Supremo (4.4).

4.1. La tolerancia de la utilización de medios técnicos

En la primera etapa jurisprudencial, podemos observar cómo el Tribunal Supremo considera que la utilización de medios técnicos que atenúen la huelga no es una actividad vulneradora de tal derecho fundamental, en tanto en cuanto no se sustituya a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la propia plantilla que deciden no secundarla o por trabajadores ajenos a la empresa. En este sentido, la jurisprudencia efectúa una interpretación literal del artículo 6.5 RDLRT y, en consecuencia, sostiene que no existe ningún precepto que prohíba al empresario la utilización de los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para atenuar las consecuencias de la huelga.

En esta etapa se enmarca la STS de 4 de julio de 2000 (Rec. 75/2000[48]) . Este pronunciamiento se produce como consecuencia de la huelga empresarial convocada durante dos jornadas del mes de enero de 1999 en una empresa de radiodifusión que cuenta con distintas emisoras de radio (Radio Catalunya). Los días de huelga, las emisoras emitieron programación musical preprogramada con los medios técnicos de los que disponía la empresa y sin la intervención de personal externo ni del personal que decidió voluntariamente no secundar la convocatoria, al realizarse de manera totalmente automatizada.

La Sentencia concluye que no existe vulneración del derecho fundamental a la huelga. Basa su razonamiento en una interpretación literal del artículo 6.5 RDLRT,

[47] GRAU PINEDA, C., "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018, p. 11 y ss.; TALENS VISCONTI, E., "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", *cit.,* p.4.

[48] Este criterio se puede encontrar también con anterioridad en la STS de 16 de marzo de 1998 (Rec. 1884/1997) "Canal Sur" y STS de 27 de septiembre de 1999 (Rec. 1825/1998).

determinando la inexistencia de normal legal alguna en el ordenamiento jurídico que prohíba la utilización de medios técnicos habituales por parte del empresario para atenuar las consecuencias de la huelga[49]. Afirma pues el TS que, si pese a haberse efectuado la huelga y los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores -extraños a la empresa o de su propia plantilla-, este derecho no puede considerarse vulnerado, ya que no se asegura el éxito ni el logro de los objetivos pretendidos ni conseguir el cese total de la actividad empresarial, sino garantizar el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello (FJ Segundo).

El Tribunal Supremo confirma este criterio en su Sentencia de 9 de diciembre de 2003 (Rec. 41/2003) . En este supuesto, los trabajadores de la cadena autonómica de televisión catalana (Televisió Catalunya) realizaron huelgas parciales coincidiendo con la celebración de la campaña electoral para las elecciones del Parlamento de Cataluña. Fuera de los servicios mínimos -que correspondían con espacios informativos- se retransmitieron *spots* publicitarios previamente enlatados para los que se utilizó, aunque fuera muy brevemente, a trabajadores integrantes de los servicios mínimos, siendo este uno de los motivos que lleva a considerar vulnerado el derecho de huelga por parte del Comité de Empresa. Sin embargo, razona el Tribunal Supremo, que la emisión de publicidad pone de relieve la ausencia de actividad propia de una cadena de televisión y, a su vez, compatibiliza el derecho de huelga con el derecho de continuidad de la actividad empresarial. Afirma la Sala que "Si la empresa se ve forzada en virtud de la huelga declarada en su ámbito a la paralización de su actividad normal y solo puede emitir el 50% de los informativos y los espacios gratuitos de propaganda electoral establecidos por la Junta Electoral, no cabe, en buena lógica jurídica, admitir que viole la esencia del derecho fundamental de huelga al ocupar el resto del tiempo de esta última con material propagandístico, ya enlatado con anterioridad, y para cuya emisión solo se precisa pulsar un botón[50]".

En esta misma línea, conviene destacar la STS de 11 de junio de 2012 (Rec. 110/2011) , en la que empiezan a aflorar las discrepancias existentes en el seno de la Sala IV con respecto a la cuestión en ciernes[51]. Este pronunciamiento se produce con

[49] TALENS VISCONTI, E., "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", *cit.,* p.3.
[50] FJ Decimotercero. En el mismo sentido, STS de 15 de abril de 2005 (Rec. 133/2004) "TVE Extremadura".
[51] Conviene destacar que, entre los pronunciamientos analizados del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional dicta las Sentencias 183/2006, 184/2006, 191/2006 y 193/2006, todas de 19 de junio, en relación con el Real Decreto 531/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas mínimas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión, bajo competencia del Estado (BOE núm. 143, de 15 de junio de 2002). En este sentido, el TC se pronuncia sobre los servicios mínimos establecidos durante la huelga general convocada

motivo de la emisión -de manera continuada y automática, esto es, sin intervención humana directa- por parte de la empresa pública de radio y televisión vasca (EITB) de publicidad preprogramada ordinaria y de la llamada "Teletienda", entre dos de las emisiones de programas informativos que se habían fijado en la correspondiente Orden de servicios esenciales, durante la huelga general convocada en las Comunidades Autónomas de País Vasco y Navarra el día 29 de junio de 2010. Entienden los sindicatos accionantes que esta conducta es vulneradora del derecho de huelga. Sin embargo, el Alto Tribunal no aprecia la lesión de este derecho fundamental toda vez que la emisión de publicidad se produjo de manera completamente automática, sin asignar para ello al personal designado para cubrir los servicios mínimos. Subraya en su razonamiento que la falta de calificación de los espacios publicitarios como servicios esenciales no impide su realización por parte de la empresa, siempre que con su realización no lesione el derecho de huelga. Si la empresa emplea para desarrollar esas actividades trabajadores no huelguistas o sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano no lesiona el derecho de huelga (FJ Cuarto).

Esta Sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. Alarcón Caracuel Discrepara el Magistrado del planteamiento de la Sentencia al entender que se produce una ponderación inadecuada del alcance del derecho de huelga y de la libertad de empresa, que no puede derivarse de una interpretación a *sensu contrario* de un precepto legal (artículo 6.5 RDLRT). Según el razonamiento de la Sentencia objetada, quedaría legitimada toda actuación empresarial por la que se emitiera cualquier programa de entretenimiento -que constituyen el mayor porcentaje de la parrilla de programas de cualquier televisión- dado que la inmensa mayoría de películas, concursos o reportajes están pregrabados. Si a ello le sumamos la emisión de los programas informativos en directo, cuya emisión siempre estará justificada en la correspondiente norma de servicios mínimos, el resultado práctico es que la realización de la huelga en este tipo de empresas pueda llegar a tener una trascendencia social nula y, por ende, que ese derecho quede vacío de contenido real. Además, entiende el Magistrado discrepante que no se produce una limitación adecuada de las potestades empresariales directivas dimanantes de su libertad de empresa en una situación de conflicto o contexto

el 20 de junio de 2002 y aprecia que, con la emisión en horas habituales de emisión de esos programas pregrabados, "se persigue, como indica la exposición de motivos del Real Decreto recurrido, la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de esta forma de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad como medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio, contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga" (FJ Octavo, STC 183/2006). Pese a que de dicha doctrina constitucional parece inferirse la prohibición del esquirolaje tecnológico en los términos expuestos, en un primer momento, el Tribunal Supremo va a mantener su criterio de tolerancia, pues entiende que los supuestos enjuiciados no son similares.

de no normalidad -como es la huelga-, lo que sustrae su virtualidad como medio de presión.

En definitiva, este voto particular pone de manifiesto la falta de consenso existente entre los Magistrados de la Sala y, a todas luces, parece inspirar el cambio de rumbo que se produce tras esta Sentencia y que llevará a la Sala IV del Tribunal Supremo a conclusiones muy distintas[52].

4.2. La prohibición férrea de la sustitución de trabajadores por medios tecnológicos

La segunda etapa de tratamiento jurisprudencial del esquirolaje tecnológico se caracteriza por una prohibición férrea de toda sustitución efectuada a través de medios mecánicos o tecnológicos, exista o no intervención humana que posibilite el uso de los mismos. El cambio de doctrina se produce con la STS de 5 de diciembre de 2012 (Rec. 265/2011) , que se pronuncia -de nuevo- a propósito de la empresa pública de radiodifusión sonora y televisión vasca EITB. Los hechos que dan lugar a este pronunciamiento son -nuevamente- la emisión por parte de la citada cadena de televisión pública de publicidad ordinaria y de la llamada "Teletienda" de forma continuada, entre los programas considerados como servicios esenciales -programas informativos en su horario habitual- durante la huelga general convocada el 27 de enero de 2011 en la Comunidad Autónoma Vasca. En este supuesto, dicha publicidad se encontraba preprogramada, de manera que su emisión se produjo de forma automática y sin intervención humana directa, valiéndose exclusivamente para ello de los medios técnicos de los que habitualmente dispone EITB y que le permiten programar dicha publicidad. Los sindicatos accionantes consideran que la emisión de publicidad en estas condiciones vulnera el derecho de huelga.

Entiende el Alto Tribunal que la cuestión controvertida se centra en determinar si cabe ampararse en la libertad de empresa para emitir programación previamente grabada de contenido publicitario, utilizando para ello trabajadores no huelguistas o medios mecánicos o técnicos. Para dar respuesta a esta cuestión, la Sala entiende que debe efectuarse una ponderación adecuada de los dos derechos constitucionales -derecho de huelga y libertad de empresa-, destacando la necesidad de tener en cuenta la realidad social cambiante, en la que las nuevas tecnologías tienen un importante papel, en especial, en el sector audiovisual.

Tras efectuar una revisión de la doctrina constitucional, se afirma que la actuación consistente en emitir programación o publicidad por medios automáticos, esto es,

[52] CORDERO GORDILLO, V. "La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos", *Lex Social,* vol. 9, núm. 1, 2019, p. 345.

aunque no se utilicen trabajadores para ello, lesiona igualmente el derecho de huelga. En efecto, la posibilidad de limitar los efectos prácticos del ejercicio del derecho de huelga debe ser interpretada restrictivamente, haciendo prevaler el criterio de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego. Por ello, el planteamiento empresarial -y la doctrina acogida hasta entonces- legitimaría la emisión de todo tipo de programas pregrabados, unidos a la emisión en directo de los programas informativos -en tanto que servicios mínimos- tendría por resultado práctico el de ofrecer una apariencia de normalidad que priva de trascendencia a la huelga en este tipo de empresas, vaciando el contenido real el ejercicio de este derecho, lo que no es admisible desde una perspectiva constitucional de este derecho[53]. En consecuencia, se modifica la doctrina sentada hasta ahora en referencia al esquirolaje tecnológico, estableciéndose que no solo la utilización de medios humanos para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales lesiona el derecho de huelga, sino que también lesiona este derecho el uso de medios mecánicos o tecnológicos pues se vacía el contenido esencial de este derecho fundamental y se priva materialmente a los trabajadores del mismo (FJ Tercero).

Como puede observarse, esta Sentencia utiliza las claves interpretativas que se habían señalado el voto particular la de STS de 11 de junio de 2012. La legitimidad del esquirolaje tecnológico no puede derivarse de una interpretación *sensu contrario* del artículo 6.5 RDLRT, ni tampoco puede considerarse como una potestad amparada en la libertad de empresa, puesto que nos encontramos en una situación de conflicto. De este modo, se produce la necesaria adaptación de la realidad jurídica a las nuevas tecnologías con la sensibilidad pertinente desde la perspectiva de los derechos fundamentales ante el avance de las mismas.

4.3. La doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 17/2017

Cuando la cuestión relativa a la prohibición del esquirolaje tecnológico parecía haberse zanjado por el TS en el sentido anotado previamente, el TC se pronuncia sobre este particular en la STC 17/2017, de 2 de febrero[54], en lo que cabe caracterizar como

[53] Respecto a la STS de 5 de diciembre de 2012, cabe señalar dos aspectos relevantes: el primero de ellos es que, pese a la fijación de una nueva doctrina, ésta no se aplica al caso controvertido. La Sentencia estima el recurso de casación interpuesto por la empresa y fija la doctrina para casos futuros; el segundo aspecto relevante -a mi juicio- es la existencia de dos votos particulares que discrepan con la nueva doctrina establecida, entre ellos, el del Magistrado Excmo. Sr. Desdentado Bonete -Ponente de la STS de 11 de junio de 2012- que defenderá la anterior doctrina y el del Magistrado Excmo. Sr. Martín Valverde, que defiende la instrumentalidad del derecho de huelga, su vinculación al trabajo humano y no al funcionamiento de máquinas de titularidad del empresario.

[54] Se pueden encontrar comentarios de la STC en SANZ PÉREZ, A. L., "El poco conocido caso de las máquinas que impiden hacer huelga", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 8, 2017; en ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S., "Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito

un nuevo giro en relación con la interpretación que ha de realizarse a propósito de la sustitución de los trabajadores huelguistas a través del uso de medios o herramientas tecnológicos[55]. Los hechos que dan lugar al pronunciamiento del TC son los siguientes: en fecha 29 de septiembre de 2010, se convoca una huelga general en España, que coincide con la celebración de un partido de la Champions League. La cadena de televisión autonómica "Telemadrid" retransmite el partido durante la jornada de huelga gracias al empleo de los medios técnicos disponibles en la empresa -si bien siguiendo un procedimiento diferente al normalmente previsto para retransmitir un partido de fútbol-, así como a la colaboración de los trabajadores que decidieron no secundar la huelga.

El TC se cuestiona si el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que cuenta una empresa para mantener su actividad debe quedar limitado durante la huelga. De una parte, ello supondría limitar la libertad del empresario sin que, por tanto, exista un precepto que explícitamente lo prohíba, sino por aplicación analógica de la prohibición prevista en el artículo 6.5 RDLRT; y de otra, supondría imponerle una colaboración en la huelga que, legalmente, tampoco está prevista.

Pues bien, en el caso enjuiciado, la Sentencia del TC recupera el razonamiento de la primera etapa del TS[56] y considera no lesionado el derecho de huelga basando su motivación en que en la empresa existían los medios técnicos que permitieron la retransmisión del partido, sin que estos fueran adquiridos expresamente para cercenar los efectos de la huelga y, en que los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. Lo que llama la atención de esta decisión es que pese al uso de medios técnicos no habituales para retransmitir el partido y a la alteración del procedimiento de retransmisión para posibilitar la misma durante el día de la huelga, el TC considere compatible con el derecho de huelga el uso de tales medios. Según razona la Sentencia, la prohibición del artículo 6.5 RDLRT solo se refiere "al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos" (FJ Sexto), esto es,

---

del esquirolaje interno y tecnológico", *cit.*, pp. 17-26 o en BELTRÁN DE HEREDIA, I., "Huelga y esquirolaje interno y técnico: un paso atrás a la luz de la STC 17/2017", *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 20 de febrero de 2017. Disponible en el siguiente enlace: https://ignasibeltran.com/2017/02/20/huelga-y-esquirolaje-interno-y-tecnico-un-paso-atras-a-la-luz-de-la-stc-2217/ (Última consulta: 30/07/2022).

[55] SANGUINETI RAYMOND, W., "El derecho de huelga en entredicho", *Trabajo y Derecho,* núm. 28, 2017, pp. 13.

[56] En concreto, la STC traslada el razonamiento del voto particular de la STS de 5 de diciembre de 2012 del Magistrado Excmo. Sr. Desdentado Bonete que, en ese momento, constituía la posición minoritaria en el seno de la Sala IV del Tribunal Supremo, toda vez que las últimas sentencias que se pronunciaban sobre el particular habían interpretado la prohibición del artículo 6.5 RDLRT de forma amplia. En este sentido, *vid.,* ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S., "Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico", *cit.,* p. 14; MIÑARRO YANINI, M., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero", *cit.,* pp. 5-7.

recurre a la interpretación literal del precepto para legitimar la actuación de la empresa concernida. Ahora bien, esta argumentación no fue acogida por todos los magistrados del TC de manera unánime, dado que esta sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. Valdés Dal-Ré[57], en el que se pone de manifiesto, a mi juicio de manera muy acertada, tanto la falta de sensibilidad por parte de la doctrina constitucional a los cambios tecnológicos y su impacto sobre las relaciones laborales, así como a la suerte de espigueo a la que el Alto Tribunal recurre para fundamentar sus afirmaciones. Además de una oportunidad perdida, el voto particular considera este pronunciamiento como una muestra de la progresiva reducción de la tutela que debe dispensar la norma fundamental a la parte débil de la relación laboral[58]. Asimismo, y por su parte, se ha de señalar que la doctrina científica también ha sido crítica con este pronunciamiento del TC, no en vano actúa más como juez ordinario que como supremo garante del orden constitucional[59], esto es, pareciendo más interesado en el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales e incluso -me atrevería a decir- que más interesado en el derecho de los "consumidores" que en asegurar una verdadera ponderación entre los derechos constitucionales confrontados, tal y como lo venía haciendo en el pasado[60].

Desde luego, la respuesta otorgada por la STC 17/2017 al esquirolaje tecnológico no parece ser el camino más adecuado para proteger el derecho de huelga en un entorno productivo como el actual, en el que el uso de las nuevas tecnologías en los procesos productivos tiene cada vez una mayor incidencia. La existencia de nuevos escenarios productivos[61] requiere de nuevas y adaptadas respuestas constitucionales, tal y como se ha venido haciendo por la doctrina constitucional hasta la fecha. Sin embargo, este pronunciamiento da buena cuenta de todo lo contrario, esto es, de la falta de

[57] Al voto particular se adhieren la Magistrada Excma. Sra. Asúa Batarrita y el Magistrado Excmo. Sr. Xiol Ríos. Del mismo, destaca la discrepancia con el relato fáctico de la Sentencia, que se considera inaceptablemente simplificado al dejar inadvertidas cuestiones tales como el hecho de que algunos trabajadores llevaran a cabo funciones distintas a las habituales; el redireccionamiento de la señal a un canal de reserva para retransmitir en casos excepcionales o el hecho de que la retransmisión del partido de fútbol el día de huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces la de los trabajadores que sí la secundaron.

[58] "Las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan".

[59] SANZ PÉREZ, A. L., "El poco conocido caso de las máquinas que impiden hacer huelga", *cit*, p. 8.

[60] SANGUINETI RAYMOND, W., "El derecho de huelga en entredicho", *cit.*, pp. 12 y ss.

[61] Sobre los diferentes tipos de empresas, en función del uso de medios tecnológicos, *vid.,* VALLE MUÑOZ, F. A., "La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga", *cit.*, pp. 25-26 y p. 37.

consideración del impacto de las nuevas tecnologías y de su potencial para vaciar de contenido a los derechos fundamentales de la parte débil de la relación laboral.

La interpretación literal del artículo 6.5 RDLRT propugnada por la STC 17/2017 genera importantes problemas a la hora de limitar los poderes empresariales. A medida que se vayan extendiendo las actividades productivas total o fuertemente automatizas, que no requieran mano de obra o intervención humana para su desarrollo y ejecución, el número de cuestiones y problemas que se planteen irá en aumento. Esto hace que la falta de seguridad jurídica está servida.

4.4. Y de aquellos barros, estos lodos

A consecuencia de la STC anotada, se ha producido un retroceso en la protección del derecho de huelga de los trabajadores, no en vano se permite recurrir a la ventaja tecnológica como medio empresarial de desactivación de los medios de protesta de los trabajadores[62], lo que supone dar una respuesta del siglo XIX, esto es, sin tener en cuenta el importante papel que desempeñan las nuevas tecnologías en los procesos productivos del siglo XXI[63]. Lo anterior implica que esta decisión ponga en peligro los derechos de las personas trabajadoras, toda vez que la huelga constituye el instrumento básico para la defensa de sus derechos laborales[64].

Esta doctrina no tarda en proyectarse en la doctrina judicial, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, la Sentencia de 13 julio de 2017 (Rec. 25/2017), se pronuncia en un supuesto de huelga, convocada con motivo de un proceso de despido colectivo en mayo de 2016, en una empresa subcontratada por una multinacional del sector de las telecomunicaciones (Vodafone). Los trabajadores de la subcontrata alegan vulneración del derecho de huelga por el uso de medios tecnológicos que han permitido el desvío de las llamadas de los clientes a otras subcontratas, vaciando así de contenido la acción colectiva. Establece el TS que la utilización por parte de la empresa principal, contratante de un servicio de *contact center* (atención de llamadas de clientes y resolución de averías), de un dispositivo automático para redistribuir entre los demás contratistas del servicio los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demanda no constituye esquirolaje tecnológico y, por tanto, no vulnera el derecho de huelga. “El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho

[62] GRAU PINEDA, C., “El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos”, *cit.*, p. 19; CORDERO GORDILLO, V., “La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *cit.,* p. 349.
[63] SANZ PÉREZ, A. L., “El poco conocido caso de las máquinas que impiden hacer huelga”, *cit.*, p. 7.
[64] MIÑARRO YANINI, M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero”, *cit.,* p. 8.

siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga -ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar- a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa", pues ello supone imponerle "una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente". El TS no aprecia vulneración del derecho de huelga dado que no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga y hace referencia expresa a la doctrina de la STC 17/2017, de 2 de febrero, que "en todo caso, aleja la sombra de la aludida vulneración".

Esta misma doctrina se sigue en la STS de 3 de febrero de 2021 (Rec. 36/2019). En este supuesto, la huelga se convoca con motivo de un proceso de traspaso de una rama de actividad en una empresa del sector de las telecomunicaciones (Ericsson). Durante las jornadas de huelga, la herramienta informática a través de la cual se gestionan y administran las incidencias de la red -y que normalmente, atribuye las incidencias de forma automática a los técnicos de la propia empresa- despacha los casos a empresas terceras, que no realizan habitualmente estos trabajos. El Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones entiende que el funcionamiento distinto de la herramienta informática, mediante el cual se posibilita la atención de incidencias por parte de trabajadores que no tienen asignadas dichas funciones, vulnera el derecho de huelga toda vez que minimiza el impacto de la misma. Y justamente, la acreditación de que durante la huelga se produjo algún tipo de intervención por parte de la empresa tendente a alterar la herramienta automatizada de gestión de incidencias -lo que implicaba la sustitución de los huelguistas-, es lo que lleva al TS a apreciar la vulneración del derecho de huelga, pues tal conducta minimiza o merma la acción pretendida con la medida de conflicto.

Esta respuesta jurisprudencial al esquirolaje tecnológico -derivada de la nueva doctrina constitucional- aboca a una incongruencia que no es otra que la que deriva de considerar la existencia de esquirolaje tecnológico a la sustitución de personas trabajadoras por máquinas y, sin embargo, considerar que no existe tal figura cuando unos medios tecnológicos se sustituyen por otros, y ello, aunque sean medios tecnológicos no habituales o se alteren las formas de proceder habituales. ¿Acaso el resultado no es el mismo? A mi juicio, resulta evidente que bien se sustituyan personas por personas, bien sean medios tecnológicos por medios tecnológicos, el resultado práctico será el mismo: ofrecer una apariencia de normalidad que priva de trascendencia a la huelga y vacía de contenido real el ejercicio de este derecho, tal y como afirmaba la STS de 5 de diciembre de 2012. La ventaja tecnológica no debería considerarse como una prerrogativa empresarial comprendida dentro de la libertad empresarial pues puede

ser utilizada de forma torticera como medio de desactivación de los medios de protesta de los trabajadores[65].

La incidencia de las nuevas tecnologías sobre el derecho de huelga puede ser decisiva a la hora de determinar la vulneración de ese derecho fundamental. Si se pretende que este derecho siga vigente para todos los modelos de empresa que conviven en el siglo XXI y que conserve su eficacia como medida de presión legal para la defensa de los intereses de las personas trabajadoras, tal y como fue concebido en el contexto laboral del siglo XIX, es necesario que se produzca su adaptación a la economía digital[66].

V. CONSIDERACIONES FINALES

El avance de la técnica, la expansión de la robotización o la paulatina introducción de nuevas tecnologías en los procesos productivos son muestras de cómo la tecnología sigue avanzando a pasos agigantados en los diferentes sectores productivos mientras la regulación clásica de la medida de autotutela colectiva de los trabajadores resulta rígida y poco eficaz para la realidad del siglo XXI[67]. Todo ello lleva a reclamar, sino un nuevo planteamiento del derecho de huelga como medida de presión, al menos, un nuevo perfil de este derecho que se adapte a la realidad actual de las relaciones de trabajo, presididas por el impacto de las nuevas tecnologías[68]. Aunque sería deseable la adaptación del obsoleto régimen jurídico del derecho de huelga, esta opción no se ha barajado ni tampoco parece que pueda resultar muy factible en la actualidad. La excesiva judicialización del derecho de huelga ha llevado a continuas redefiniciones del mismo, lo cual ha derivado no solo en una notable inseguridad jurídica sino, también, en el debilitamiento del nivel de garantías constitucionales de las personas trabajadoras.

En este sentido, la involución del TC en su STC 17/2017 ha convertido al esquirolaje tecnológico en una herramienta a disposición de la empresa mediante la cual puede anular o reducir el ejercicio del derecho de huelga[69]. Con este pronunciamiento, la doctrina constitucional altera el equilibrio en el ejercicio del derecho de huelga, pues

[65] GRAU PINEDA, C., "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", *op. cit.*, p. 19.
[66] ARRUGA SEGURA, M. C. *La transformación digital de las relaciones laborales y en la organización del trabajo,* Wolters Kluwer La Ley, 2020, p. 460.
[67] TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico,* cit., p. 133, plantea desde un punto de vista sociológico la existencia de ciertas limitaciones estructurales del derecho de huelga en el contexto social actual, puesto que -estrictamente- no serviría para encauzar reivindicaciones ajenas a las condiciones laborales.
[68] GRAU PINEDA, C., "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", *cit.*, p. 23.
[69] SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B., "El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico", *op. cit.*, p. 92.

hace prevalecer la libertad de empresa y la posibilidad de que exista una mayor injerencia empresarial frente al derecho de huelga.

Así, el TC actúa más como un juez ordinario que como el supremo garante de los derechos fundamentales perdiendo la oportunidad de efectuar una interpretación acorde a los tiempos. Es evidente que la realidad del siglo XXI no puede ser ignorada y que, ni el ordenamiento jurídico ni la jurisprudencia, deben mostrarse insensibles ante el avance imparable de las nuevas tecnologías. En este sentido, la jurisprudencia del Alto Tribunal había sido capaz de atisbar el notable aumento del poder empresarial que puede suponer el uso de los medios técnicos para vaciar de contenido el ejercicio del derecho fundamental a la huelga, evitando tales consecuencias mediante la prohibición férrea del esquirolaje tecnológico.

La rapidez con la que evolucionan las mismas y con la que dichos avances se incorporan al ámbito laboral, hace cada vez más necesario el refuerzo del derecho de huelga, para que éste siga siendo un instrumento útil de presión ante los nuevos retos. La digitalización y las nuevas tecnologías seguirán avanzando y, sin un marco jurídico adaptado a la nueva realidad, este derecho podría quedar privado de su virtualidad[70].

VI. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ÁLVAREZ ALONSO, D., "El futuro del trabajo y su regulación jurídica ante los retos de la "atomización" y la fragmentación empresarial", en Conferencia Nacional Tripartita, *El futuro del trabajo que queremos*, 2017. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf

ARRUGA SEGURA, M. C. *La transformación digital de las relaciones laborales y en la organización del trabajo,* Wolters Kluwer La Ley, 2020.

BELTRÁN DE HEREDIA, I. "Huelga y esquirolaje interno y técnico: un paso atrás a la luz de la STC 17/2017", *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 20 de febrero de 2017. Disponible en el siguiente enlace: https://ignasibeltran.com/2017/02/20/huelga-y-esquirolaje-interno-y-tecnico-un-paso-atras-a-la-luz-de-la-stc-2217/

CORDERO GORDILLO, V. "La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos", *Lex Social,* vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 338-354.

CRUZ VILLALÓN, J. "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pp. 13-47.

[70] Como vaticina Martínez Moreno, el derecho de huelga se juega su ser o no ser. *Vid.,* MARTÍNEZ MORENO, C., "El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 9, 2017.

DESDENTADO BONETE, A. “Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian. Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Audiencia Nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2015, pp. 421-434.

DOMÍNGUEZ BAUTISTA, J.C. “Algunos apuntes sobre el proyecto de ley orgánica de huelga”, *Boletín de la Facultad de Derecho,* núm. 3, 1993, pp. 9-43.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. “Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *Revista de Información Laboral,* núm. 6, 2017. Versión digital.

GOERLICH PESET, J.M. “Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva”, en AEDTSS (Coord.) *Descentralización Productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Cinca, 2018, pp. 175-201.

- “Economía digital y acción sindical” en A. TODOLÍ SIGNES y M. HERNÁNDEZ BEJARANO, *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado,* Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 591-612.

- “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de Treball, Economia i Societat,* núm. 92, enero 2019, p. 1-26.

- “Digitalización y derecho de huelga”, *Temas Laborales,* núm. 155, 2020, pp. 93-107.

GOLDIN, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial,* Comares, 2018, pp. 25-41.

GRAU PINEDA, C. “El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018. Versión digital.

LÓPEZ LLUCH, I. “El derecho de huelga: Nueva doctrina sobre el "esquirolaje tecnológico" en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012”, *Aranzadi Social,* núm. 5, Vol. 6, 2013, pp. 153-171.

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. “Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 164, 2014. Versión digital.

MARTÍNEZ MORENO, C. “El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid”, *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 9, 2017, pp. 894-902.

MIÑARRO YANINI, M. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero”, *RTSS CEF*, núm. 429, 2018. Versión digital.

MONEREO PÉREZ, J.L., "El derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo", *Lan Harremanak*, núm. 2, 2012, pp. 237-300.

MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE C. y MORENO VIDA, M. N. *Manual de Derecho Sindical,* Comares, 9ª Ed., 2014.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. "El deber del empleador de prevención del esquirolaje interno espontáneo", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021. Versión digital.

ORTEGA LOZANO P.G. y GUINDO MORALES, S. "Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019. Versión digital.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Derechos Laborales Digitales: Garantías e interrogantes,* Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

ROJO TORRECILLA, E. "El TS confirma: el esquirolaje interno, aunque sea por breve tiempo, afecte poco al conflicto y se haga por "iniciativa propia", sigue siendo una vulneración del derecho de huelga. Notas a la sentencia de 6 de octubre de 2021", *El Blog de E. Rojo Torrecilla*, 5 de noviembre de 2021. Disponible en el siguiente enlace: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/el-ts-confirma-el-esquirolaje-interno.html

SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B. "El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico", *Estudios de Deusto*, vol. 69/1, 2021, pp. 85-93.

SANGUINETI RAYMOND, W. "El derecho de huelga en entredicho", *Trabajo y Derecho,* núm. 28, 2017, pp. 11-15.

SANZ PÉREZ, A.L. "El poco conocido caso de las máquinas que impiden hacer huelga", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 8, 2017. Versión digital.

SCHWAD, K. *La Cuarta Revolución Industrial,* Debate, 2016.

SIRVENT FERNÁNDEZ, N. "La vulneración empresarial del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios", *Temas Laborales,* núm. 128, 2015, pp. 139-174.

SOLER ARREBOLA, J.A., "Reflexiones sobre la negociación colectiva en redes empresariales horizontales y verticales", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 238, 2021. Versión digital.

TALENS VISCONTI, E. "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", *Revista Doctrinal Aranzadi social,* núm. 5, 2013. Versión digital.

TASCÓN LÓPEZ, R. *El esquirolaje tecnológico,* Aranzadi, 2018.

VALLE MUÑOZ, F.A. "La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 52, 2020. Versión digital.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS MÁS DESTACABLES DEL V ACUERDO PARA LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR DE LA ESTIBA PORTUARIA

Por

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

javier.arrieta@deusto.es

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: A través del análisis que se lleva a cabo en este estudio se aportan los elementos necesarios para interpretar adecuadamente el V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, en lo que respecta a los aspectos que se consideran más destacables. En concreto, se consideran aspectos destacables aquellos que permiten adaptar la negociación colectiva del sector de la estiba portuaria al nuevo marco normativo en un doble sentido: por una parte, para cumplir con las exigencias básicas de dicho marco normativo; por otra parte, para desarrollar los aspectos que dicho marco normativo encomienda a la negociación colectiva. De este modo, lo primero se relaciona con el respeto a la libre competencia en la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, que se debe posibilitar conforme a los principios de libertad de contratación y de libre establecimiento de las empresas. Lo segundo, se relaciona con dotar de estabilidad y calidad al empleo de los estibadores portuarios. Para todo ello, en primer lugar, se lleva a cabo una contextualización del Acuerdo y se determina el marco normativo de referencia al que debe adaptarse el mismo. En segundo lugar, se analiza la naturaleza jurídica del Acuerdo, así como la articulación y concurrencia de convenios que deriva de la misma, como elementos esenciales para garantizar la uniformidad en el cumplimiento del nuevo marco normativo por los distintos convenios colectivos del sector. En tercer lugar, se profundiza en la organización y dirección de la actividad productiva en el sector de la estiba portuaria como eje central del Acuerdo, pues es a través de las diversas manifestaciones que presenta dicha organización y dirección como puede detectarse el cumplimiento de lo establecido por el nuevo marco normativo, en el doble sentido apuntado.

PALABRAS CLAVE: Estiba portuaria; relaciones laborales; negociación colectiva.

SUMARIO: I. CONTEXTO DEL V ACUERDO PARA LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR DE LA ESTIBA PORTUARIA.- 1.1. La STJUE de 11 de diciembre de 2014 como punto de partida. 1.2. El Real Decreto-ley 8/2017. 1.3. El Real Decreto-ley 9/2019. 1.4. La Ley 4/2022.- II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO Y ARTICULACIÓN Y CONCURRENCIA DE CONVENIOS QUE DERIVA DE LA MISMA.- III. LA ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA EN EL SECTOR DE LA ESTIBA PORTUARIA COMO EJE CENTRAL DEL ACUERDO. 3.1. Contenido del Capítulo III del Acuerdo. 3.2. Contenido del Capítulo IV del Acuerdo. 3.3. Contenido del Capítulo V del Acuerdo. 3.4. Contenido del Capítulo VI del Acuerdo. 3.5. Contenido del Capítulo VII del Acuerdo. 3.6. Contenido del

Capítulo VIII del Acuerdo. 3.7. Contenido del Capítulo IX del Acuerdo.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

ANALYSIS OF THE MOST OUTSTANDING ASPECTS OF THE V AGREEMENT FOR THE REGULATION OF LABOUR RELATIONS IN THE PORT STOWAGE SECTOR

ABSTRACT: Through the analysis carried out in this study, the necessary elements are provided to adequately interpret the V Agreement for the regulation of labour relations in the port stevedoring sector, with regard to the aspects that are considered most noteworthy. Specifically, those aspects that allow collective bargaining in the port stevedoring sector to be adapted to the new regulatory framework in a double sense are considered to be noteworthy: on the one hand, to comply with the basic requirements of the regulatory framework; on the other hand, to develop the aspects that the regulatory framework entrusts to collective bargaining. Thus, the first is related to respect for free competition in the provision of cargo handling port services, which must be made possible in accordance with the principles of freedom of contracting and free establishment of companies. The second is related to providing stability and quality to the employment of port stevedores. For all this, first, a contextualization of the Agreement is carried out and the reference regulatory framework to which it must adapt is determined. Secondly, the legal nature of the Agreement is analyzed, as well as the articulation and concurrence of agreements derived from it, as essential elements to guarantee uniformity in compliance with the new regulatory framework by the different collective agreements in the sector. Thirdly, the organization and management of the productive activity in the port stevedoring sector as the central axis of the Agreement is deepened. Certainly, it is the various manifestations presented by this organization and management that allow detecting compliance with the provisions of the new regulatory framework, in the double sense indicated.

KEYWORDS: Port stowage; labour relations; collective bargaining.

SUMMARY: I. CONTEXT OF THE V AGREEMENT FOR THE REGULATION OF LABOUR RELATIONS IN THE PORT STOWAGE SECTOR.- 1.1. The ECJ on 11 December 2014 as a starting point. 1.2. Royal Decree-Law 8/2017. 1.3. Royal Decree-Law 9/2019. 1.4. Law 4/2022.- II. LEGAL NATURE OF THE AGREEMENT AND ARTICULATION AND CONCURRENCY OF AGREEMENTS RESULTING THEREFROM.- III. THE ORGANIZATION AND MANAGEMENT OF PRODUCTIVE ACTIVITY IN THE PORT STOWAGE SECTOR AS THE CENTRAL AXIS OF THE AGREEMENT. 3.1. Content of Chapter III of the Agreement. 3.2. Content of Chapter IV of the Agreement. 3.3. Content of Chapter V of the Agreement. 3.4. Content of Chapter VI of the Agreement. 3.5. Content of Chapter VII of the Agreement. 3.6. Content of Chapter VIII of the Agreement. 3.7. Content of Chapter IX of the Agreement.- IV. IN CONCLUSION.

I. CONTEXTO DEL V ACUERDO PARA LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR DE LA ESTIBA PORTUARIA

El Preámbulo del V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, suscrito con fecha 8 de abril 2022, de una parte, por la organización empresarial Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), en representación de las empresas del sector, y, de otra, por las organizaciones sindicales Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar

(CETM), UGT y CC.OO., en representación del colectivo laboral afectado[1], justifica la necesidad e importancia del mismo.

Así, se señala que el objetivo laboral nuclear del Acuerdo es dotar de estabilidad y calidad al empleo de los estibadores portuarios, que, como se verá, debe producirse en un marco de libre competencia, al tiempo que proceder a la adaptación del mismo, en esta su V versión, al nuevo marco normativo, que se caracteriza por la libertad de contratación de trabajadores portuarios y la libertad de establecimiento de las empresas, en el ámbito de la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

Además, para llevar a cabo la mencionada adaptación, el Acuerdo establece la estructura para la negociación colectiva en los ámbitos inferiores, con lo que se pretende garantizar la uniformidad en el cumplimiento del nuevo marco normativo en los distintos convenios colectivos.

En todo caso, seguramente, ante el temor de que se eventualmente pueda declararse la no conformidad del Acuerdo respecto al Derecho de la UE, se afirma que «las disposiciones del presente (…) [Acuerdo], acordadas por las partes legitimadas con base en los derechos constitucionales de libertad sindical y negociación colectiva (artículo 28 y 37 CE) se interpretarán, en todo momento, sin que contradigan las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE]»[2]. No obstante, hay que tener en cuenta que, en dicha interpretación, habrá que mantener un equilibrio entre, por una parte, las libertades clásicas de la Unión y las normas sobre competencia, y, por otra parte, la política social[3], sin olvidar que esta última debe llevarse a cabo también a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 (CDF)[4], y de la Carta Social Europea, que en el caso de España, será su versión revisada, de 3 de mayo de 1996[5].

Partiendo de dicho contexto que se describe en el Preámbulo del Acuerdo, a continuación, se comentará el marco normativo, así como la jurisprudencia vinculada al

---

[1] BOE de 18 de mayo de 2022, núm. 118.

[2] Debe recordarse que, previamente, SAN 4ª, de 7 de julio de 2021 (BOE de 19 de julio de 2021, núm. 171) declaró nulo parte del IV Acuerdo Marco para la regulación de las condiciones laborales en la estiba portuaria, al entender que el mismo contravenía el Real Decreto-ley 8/2017, el Real Decreto-ley 8/2017 y el artículo 49 del TFUE. Concretamente, se apreció que el artículo 6 del Acuerdo suponía un sistema de gestión monopolístico, el artículo 12 atentaba contra la facultad de organización de las Empresas Estibadoras, y que la Disposición Adicional 7ª resultaba contraria al principio de igualdad.

[3] Al respecto vid., en extenso, CABEZA PEREIRO, J. «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y decolectivización de las relaciones de trabajo». En *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 3, pp. 1-20 (LA LEY 2021/2015), y también, CRUZ VILLALÓN, J. «Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba». En *Temas Laborales*, 2018, núm. 142, pp. 112 y 113.

[4] DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303.

[5] En vigor en España desde el 1 de julio de 2021.

mismo, a los que debe adaptarse en el ámbito de la estiba portuaria la negociación colectiva en España, a cuya eficacia quiere contribuir, precisamente, el Acuerdo objeto de análisis, por su naturaleza jurídica, tal y como se verá (*infra* II).

1.1. La STJUE de 11 de diciembre de 2014 como punto de partida

Como consecuencia del recurso interpuesto por la Comisión Europea, el TJUE, en su sentencia de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13), declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumben en materia de libertad de establecimiento, en virtud del artículo 49 del TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que desearan desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puestos españoles de interés general, tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) y, en su caso, de participar en el capital de esta, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente.

Para adoptar dicha resolución, el TJUE parte de la idea de que la normativa española no resultaba necesaria ni proporcional para alcanzar el objetivo legítimo que perseguía, con fundamento en el Convenio OIT núm. 137, de 25 de junio de 1973, sobre el trabajo portuario, a saber, proteger a los trabajadores y garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio portuario de manipulación de mercancías. Y todo ello porque España no lo demuestra. En ese sentido, el TJUE recuerda que, según jurisprudencia reiterada del propio TJUE, para que se pueda restringir válidamente la libertad de establecimiento, «la aplicación de una normativa de un Estado miembro que persiga un objetivo legítimo debe ser indispensable para garantizar la consecución de este. En otros términos, es necesario que el mismo resultado que se persigue con la normativa en cuestión no pueda conseguirse mediante normas menos rigurosas»[6].

En efecto, entiende el TJUE que «existen medidas que son menos restrictivas que las aplicadas por el Reino de España y que, al mismo tiempo, son idóneas para conseguir un resultado similar y para garantizar tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de las mercancías como la protección de los trabajadores». En concreto, pone como ejemplo, tal como sugiriera la Comisión, las siguientes medidas:

> (a) «Prever que sean las propias Empresas Estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la

[6] STJCE de 25 de julio de 1991 (Asunto C-288/89) y STJUE de 21 de julio de 2011 (Asunto C-518/09).

formación de esos trabajadores».

(b) «Crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las Empresas Estibadoras».

1.2. El Real Decreto-ley 8/2017

El Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052) (Real Decreto-ley 8/2017)[7], procedió a modificar el Derecho español en materia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, y, más concretamente, el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM)[8], con la finalidad de que dicho servicio resulte compatible con la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 del TFUE (vid. apartados I y II de la Exposición de Motivos y el artículo 1).

En consecuencia, se consagra el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías (vid. apartado II de la Exposición de motivos), lo que significa que los operadores no están obligados a participar en ninguna empresa de puesta a disposición de trabajadores portuarios y pueden contratar a estos con plena libertad, siempre que se cumplan los requisitos orientados a asegurar su capacitación profesional (vid. apartado III de la Exposición de Motivos y artículo 2)[9].

Ahora bien, en la línea expresamente sugerida por la STJUE de 11 de diciembre de 2014, se permite la creación de centros portuarios de empleo (CPE) por personas naturales o jurídicas o uniones y entidades sin personalidad jurídica, con la finalidad de permitir una rápida adaptación al carácter irregular de la prestación de los trabajos portuarios. Así, el objeto de los CPE se concreta en emplear regularmente a los trabajadores portuarios en el servicio portuario de manipulación de mercancías, así como en su formación y cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuario (vid. apartado IV de la Exposición de Motivos y artículo 4.1).

---

[7] BOE de 13 de mayo de 2017, núm. 114.

[8] BOE de 20 de octubre de 2011, núm. 253.

[9] Los requisitos de capacitación de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías se regulan en el artículo 3.

Entrando en mayor detalle, se matiza que la creación de CPE resulta sin perjuicio de las empresas de trabajo temporal (ETT) u otras que estén constituidas o puedan constituirse a estos efectos con arreglo a la legislación vigente (vid. artículo 4.1). En todo caso, los CPE para poder operar deben obtener la autorización exigida en el artículo 2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (Ley 14/1994)[10], e, igualmente, en lo que respecta a su funcionamiento, les resulta de aplicación toda la normativa aplicable a las ETT (vid. artículo 4.2).

También se especifica que el ámbito geográfico de actuación de los CPE podrá extenderse a toda España, pudiendo coexistir más de un CPE por puerto, con la clara finalidad de no limitar la libre competencia en la prestación de servicios (vid. artículo 4.1, *in fine*).

Por último, tal y como se advierte en la Exposición de Motivos (vid. apartado V), las previsiones de Derecho transitorio cobran una especial relevancia en este real decreto-ley, en cuanto constituyen la piedra angular para el desarrollo de un tránsito ordenado al nuevo marco regulatorio, que se proyecta para un sector estratégico para la economía nacional y el comercio exterior y que emplea a miles de trabajadores, cuyos intereses deben ser debidamente valorados.

Así, en primer lugar, se establece un período transitorio de adaptación de 3 años a contar desde el 14 de mayo de 2017, que, en virtud de la Disposición Adicional 5ª del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica[11], se prorrogó hasta el 25 de agosto de 2020[12], durante el cual las SAGEP pudieron subsistir, manteniendo su objeto social de puesta a disposición de trabajadores portuarios a los titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorizaciones para la prestación de servicios comerciales, independientemente de que fueran o no accionistas de la SAGEP (vid. apartado 1 de la Disposición Transitoria 1ª).

Durante el período transitorio, todas las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, excepto aquellas que se les hubiera autorizado el régimen de autoprestación, debieron cubrir en cómputo interanual con trabajadores de la SAGEP del puerto correspondiente existentes a fecha de 14 de mayo de 2017, durante el primer año como mínimo el 75% de las actividades de la empresa integradas en el servicio portuario de manipulación de mercancías y las actividades

[10] BOE de 2 de junio de 1994, núm. 131.

[11] BOE de 24 de junio de 2020, núm. 175.

[12] La mencionada Disposición Adicional 5ª se encarga de matizar que los efectos de dicha prórroga se limitan en cuanto a la adaptación de las SAGEP, sin afectar al régimen de concesión de ayudas especiales para la adaptación del sector de la estiba portuaria.

comerciales que no tengan la consideración de servicio portuario de manipulación de mercancías, de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 130.3.c) del TRLPEMM, en este último caso siempre y cuando su oferta fuera igual o más ventajosa en términos de calidad y coste en el sector de la estiba. Dicho porcentaje fue del 50% durante el segundo año del referido período transitorio y del 25% en lo restante. La asignación de trabajadores y su coste debió hacerse en igualdad de condiciones para todas las empresas, fueran o no accionistas de la SAGEP (vid. apartado 1 de la Disposición Transitoria 2ª).

Dichos porcentajes pudieron alcanzarse por cualquiera de las dos modalidades previstas en el propio Real Decreto-ley 8/2017, o por la suma de ambas (vid. apartado 2 de la Disposición Transitoria 2ª).

Expirado dicho período transitorio, las SAGEP pudieron extinguirse o continuar con su actividad, pero transformándose en CPE, y en régimen de libre concurrencia, en su caso, con el resto de CPE y ETT (vid. apartado 1 de la Disposición Transitoria 1ª).

1.3. El Real Decreto-ley 9/2019

El Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluya la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (Real Decreto-ley 9/2019)[13], se dictó para completar la regulación normativa del servicio portuario de manipulación de mercancías iniciada con el Real Decreto-ley 8/2017, y, más concretamente, con la finalidad de garantizar un régimen de libre competencia en un marco laboral que asegure tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio como la protección de los trabajadores (vid. apartado I de la Exposición de Motivos).

A tal fin, los fundamentos de Derecho que permiten compatibilizar todos los intereses en juego se exponen en la propia Exposición de Motivos. Por una parte, se recuerda que el artículo 101 del TFUE declara incompatibles con el mercado interior y prohibidos «todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior». Por otra parte, se pone de manifiesto que las disposiciones de la UE reconocen la necesidad de legislaciones nacionales que garanticen la protección de los derechos de los trabajadores y el logro de los objetivos contemplados en el artículo

[13] BOE de 30 de marzo de 2019, núm. 77.

145 del TFUE, «en particular, potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 del Tratado de la UE».

De ahí que se pretenda alcanzar un tránsito ordenado al nuevo marco fijado por el Real Decreto-ley 8/2017, en el que la aplicación de los principios del Derecho de la UE inspiradores de la libertad de competencia se lleve a efecto sin menoscabo de los derechos laborales básicos de los trabajadores y, sobre todo, sin merma del empleo en el sector (vid. apartado I de la Exposición de Motivos).

Concretamente, resulta de interés la justificación que se lleva a cabo en la Exposición de Motivos, acerca del fundamento de las medidas contempladas en el propio real decreto-ley para llevar a cabo el objetivo propuesto. De este modo, se afirma que se han tenido en cuenta los criterios y herramientas para la evaluación de la competencia de la OCDE, que a su vez recoge los principios básicos internacionalmente aceptados para establecer una regulación eficiente y favorecedora de la competencia: (i) principio de necesidad y proporcionalidad; (ii) principio de mínima distorsión; (iii) principio de eficacia; (iv) principio de transparencia; (v) principio de predictibilidad.

Entre las medidas que interesan a los efectos del V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, en primer lugar, deben destacarse las modificaciones que se llevan a cabo en la Ley 14/1994 para adaptar la regulación de las ETT a las especialidades que presentan los CPE (vid. artículo 2). Así, por una parte, la figura de los CPE se integra dentro del concepto de ETT (artículo 1 de la Ley 14/1994), y, por otra parte, se definen y regulan las características y modo de funcionamiento de los CPE (vid. Capítulo V de la Ley 14/1994).

La finalidad última de estas medidas reside en garantizar que todos los operadores, CPE y ETT, compitan en igualdad de condiciones en la prestación de servicios de puesta a disposición (vid. apartado II de la Exposición de Motivos). De este modo, no se introduce restricción alguna a la competencia[14]. Además, la medida resulta necesaria, ya que, tal y como se contempla en el Real Decreto-ley 8/2017, siguiendo la línea sugerida por la STJUE de 11 de diciembre de 2014, la creación de los CPE constituye una opción para permitir una rápida adaptación al carácter irregular de la prestación de los trabajos portuarios.

[14] En concreto, el apartado I de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2019 señala que las medidas que contiene la norma «no producen efectos negativos sobre la competencia, por los siguientes motivos: (i) no se produce una limitación del número o variedad de proveedores (…); (ii) los centros portuarios de empleo y las empresas temporales de empleo compiten en plena igualdad de condiciones, por lo que no se limita la capacidad competitiva de los agentes del sector; (iii) no se reducen los incentivos de los agentes para competir; y (iv) no afecta las alternativas e información de los consumidores».

Más concretamente, en lo que se refiere propiamente a las características y modo de funcionamiento de los CPE, deben destacarse dos elementos que hacen necesario la regulación de ciertas especialidades respecto a las ETT en materia de estructura organizativa y garantía financiera.

En primer lugar, se limita el ámbito funcional o sectorial en el que pueden operar los CPE, pues este queda reducido a la actividad de la estiba portuaria. Es decir, a diferencia del carácter multisectorial que pueden presentar las empresas usuarias de las ETT, los trabajadores que ocupen los CPE únicamente pueden ser puestos a disposición de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios.

En segundo lugar, la gran mayoría del personal perteneciente a los CPE cuenta con un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Ello es así porque el tránsito ordenado de los estibadores portuarios desde las anteriores SAGEP a los nuevos CPE trae consigo la incorporación a la plantilla de estos últimos de un contingente de trabajadores con un contrato fijo.

Como complemento de todo lo anterior, también se contemplan una serie de singularidades en relación con el cumplimiento de las obligaciones de información y de tipo documental, con el doble fin de evitar que supongan un elemento de distorsión y de contribuir a una mayor agilidad y eficacia en la gestión tanto de las contrataciones como de las correspondientes puestas a disposición.

Con fundamento en tales elementos y singularidades se procede a la regulación del nuevo Capítulo V de la Ley 14/1994.

Dentro del mismo, deben resaltarse las siguientes cuestiones, a los efectos del V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria:

> (a) En relación con el Real Decreto-ley 8/2017, se aclara que los CPE tienen por exclusivo objeto el empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal, de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, así como la formación profesional de aquellos, sin perjuicio de que esta también pueda realizarse mediante el resto de alternativas previstas legalmente (vid. artículo 18.1).
>
> (b) Las empresas que formen parte de un CPE deben ser titulares de la licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías y obtener una autorización administrativa previa, en los términos del artículo 2 de la propia Ley 14/1994, pero con las especialidades que se recogen en el propio Capítulo V (vid. artículo 18.2).
>
> (c) Los contratos de puesta a disposición de trabajadores portuarios solamente

pueden celebrarse para cubrir necesidades de personal de estiba propias del servicio de manipulación de mercancías de las empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de mercancías o de autorización de servicios comerciales. Deben entenderse como tales necesidades las que demanden la atención, de modo estable o de forma temporal, de las actividades definidas dentro de dichos servicios en la LPEMM (vid. artículo 19, apartados 2 y 3).

(d) En materia de relaciones laborales en los CPE (vid. artículo 20):

(d.1) Los contratos de trabajo celebrados por los CPE con trabajadores portuarios para ser puestos a disposición de las empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales podrán concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada.

(d.2) Los contratos de trabajo por tiempo indefinido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)[15], se concertarán por escrito y con sujeción a las formalidades y al modelo que se establezcan en la negociación colectiva. Además, en estos casos, las correspondientes órdenes de servicio podrán ser remitidas a los trabajadores portuarios a través de medios electrónicos en los términos que se acuerden en la negociación colectiva. También cabe la posibilidad de hacer llegar la comunicación de las órdenes de servicio a las empresas usuarias.

(d.3) Los contratos de trabajo de duración determinada que se suscriban por los CPE con los estibadores portuarios deben celebrarse por escrito, de acuerdo con lo establecido para la modalidad de contratación de que se trate. Mediante la negociación colectiva se pueden determinar criterios de conversión de contratos temporales en indefinidos.

(d.4) Las remisiones a la negociación colectiva realizadas en los apartados anteriores deben entenderse exclusivamente referidas a la negociación colectiva que afecte al sector de la estiba, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 84.2.d) del TRLET, la regulación contenida en un convenio colectivo de empresa respecto a la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el TRLET a los convenios de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior. Además, debe recordarse que los convenios de empresa pueden negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, así como que

[15] BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

los acuerdos interprofesionales y los convenios o acuerdos colectivos sectoriales contemplados en el artículo 83.2 del TRLET no podrán disponer de dicha prioridad aplicativa. Igualmente, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 8/2017, en concreción de lo previsto en el artículo 84.2 del TRLET, los convenios colectivos que se negocien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.1 del TRLET por una pluralidad de empresas que estén vinculadas en razón de su adscripción a un mismo puerto y nominativamente identificadas tendrán igual prioridad aplicativa que los convenios colectivos de empresa.

(e) Los trabajadores portuarios en su relación con las empresas usuarias tendrán los derechos reconocidos por la Ley 14/1994, así como los que se puedan establecer mediante la negociación colectiva. En todo caso, debe tenerse en cuenta que las reglas anti-concatenación de contratos de trabajo por circunstancias de la producción contempladas en el artículo 15.5 del TRLET no son aplicables a las empresas usuarias titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios de comercialización portuarios.

Todas estas cuestiones reflejan el cumplimiento del principio de mínima distorsión, por cuanto se procede a remitir distintas cuestiones relativas a la organización de la actividad productiva al ámbito de la negociación colectiva. Con ello se cumple con la exigencia de los Tratados de la UE, cuando señalan que para abordar las cuestiones laborales la vía prioritaria ha de ser la negociación y acuerdo entre representantes de los agentes implicados (empresarios y trabajadores).

En el mismo sentido van las medidas establecidas en el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2019.

Así, el artículo 3, al regular las facultades de organización y dirección que corresponden a las empresas titulares de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías, en su condición de empleadoras, independientemente de que la contratación de los trabajadores portuarios se haya realizado por medio de los CPE o de las ETT, se remite a la negociación colectiva en aspectos clave. En concreto, se dispone que:

(a) El establecimiento de medidas orientadas a lograr una mayor flexibilidad y que permitan garantizar la mejora de la productividad y de la calidad del empleo en el sector, se llevará a cabo en los términos que se determinen en la negociación colectiva. La negociación colectiva se llevará a cabo por los sujetos legitimados para negociar conforme a las reglas sobre estructura de la negociación

colectiva y al régimen de prioridad de aplicación de los convenios colectivos establecido en el TRLET.

(b) De acuerdo con los principios de regulación eficiente y favorecedora de la competencia, y siempre cumpliendo las normas de prioridad aplicativa de los convenios que establezca el TRLET, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales podrán acordar, entre las medidas complementarias para la mejora de la competitividad de los puertos, reglas sobre la adscripción del personal a las tareas portuarias, estabilidad y calidad en el empleo, regulación del tiempo de trabajo, movilidad funcional y polivalencia, o sobre clasificación y formación profesional, entre otras.

(c) Las medidas de flexibilidad que se pacten se podrán incorporar a los acuerdos laborales o a la negociación colectiva en la forma y condiciones que las partes acuerden.

Por último, hay que tener en cuenta que, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 9/2019, para el 31 de diciembre de 2022 las normas convencionales vigentes deben adaptarse a lo dispuesto en dicho real decreto-ley, en el Real Decreto-ley 8/2017 y en el artículo 49 del TFUE. En caso contrario, las disposiciones de los convenios colectivos en cuestión serán nulas de pleno Derecho.

A la luz de todo ello, la Exposición de Motivos del propio Real Decreto-ley 9/2019 considera que se cumple también con:

(a) El principio de eficacia, que supone la capacidad de la norma de alcanzar los objetivos o efectos que se desean, y que en este concreto caso se concretan en llevar a cabo una transición ordenada en el plano laboral hacia la apertura de la competencia, de lo que es muestra el artículo 4.

(b) El principio de transparencia, que implica la existencia de transparencia y claridad en el marco normativo, en el proceso de elaboración de las normas y su ejecución.

(c) El principio de predictibilidad, que comporta ofrecer a los operadores un marco estable y sólido, sin incertidumbres, que les proporcione seguridad jurídica, en la medida en que se consolida el marco de liberalización de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías iniciado con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017.

1.4. La Ley 4/2022

Mediante la Disposición Final 1ª de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (Ley 4/2022)[16], se ha procedido a modificar la regulación de los CPE contenida en Capítulo V de la Ley 14/1994, y, más concretamente, en el artículo 18, que fue introducida por el Real Decreto-ley 9/2019. Dicha modificación opera en cuatro frentes, en el sentido de definir los CPE, establecer más garantías para la libre competencia, aclarar algunos puntos de la redacción anterior y establecer medidas para favorecer la calidad del empleo en la estiba portuaria.

Con la definición de los CPE se cubre un vació no previsto por el Real Decreto-ley 9/2019. Así, ahora los CPE se definen como «empresas de propiedad conjunta de base mutualista, constituidas voluntariamente, con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes y con respeto de la competencia efectiva entre las empresas, para satisfacer de forma óptima la necesidad común de los socios de disponer de trabajadoras y trabajadores portuarios especializados en número y capacitación suficiente para prestar de forma eficiente el servicio portuario de manipulación de mercancías» (vid. apartado 1 del artículo 18 de la Ley 14/1994).

En ese sentido, se mantiene la definición del objeto social de los CPE fijada por el Real Decreto-ley 9/2019, pero se añade una matización importante, al señalar que: «A través de los estatutos o de un contrato marco de prestación de servicios se determinará el régimen de la puesta a disposición de trabajadores» (vid. apartado 1 del artículo 18 de la Ley 14/1994). Precisamente, conforme a la Disposición Transitoria única de la Ley 4/2022, para el 2 de mayo de 2022, los CPE debieron adaptar sus estatutos a lo dispuesto en las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 4/2022 en la Ley 14/1994, así como celebrar con cada empresa socia el contrato marco de prestación de servicios.

Como nuevas garantías para la libre competencia, y así para la liberalización del sector, a partir de la Ley 4/2022 se clarifica que para poder solicitar mano de obrar a los CPE no es necesario participar en los mismos como empresas socias. Claro está, al igual que las empresas socias, las no socias también deberán ser titulares de la licencia o de la autorización correspondiente. Igualmente, ahora se establece que: «Los socios de un CPE podrán contratar la prestación de los servicios de estiba y de formación de las trabajadoras y trabajadores portuarios con otros operadores» (vid. apartado 2 del artículo 18 de la Ley 14/1994). No obstante, esta última garantía para con la libre competencia debe matizarse en la práctica, por lo que se dirá más adelante, al contemplar las medidas que se introducen para favorecer la calidad del empleo en la estiba portuaria.

[16] BOE de 1 de marzo de 2022, núm. 51.

Como aclaración respecto a la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2019, debe destacarse que ahora se determina con acierto que son los CPE quienes deben obtener la autorización administrativa previa prevista en el artículo 2 de la Ley 14/1994 (vid. apartado 3 del artículo 18 de la Ley 14/1994), y no «las empresas que formen parte de un CPE», que es lo que se decía antes (vid. apartado 2 del artículo 18 de la Ley 14/1994, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2019).

Finalmente, son tres las medidas que se introducen para favorecer la calidad del empleo en la estiba portuaria.

En primer lugar, se establecen ciertas obligaciones a las empresas socias de los CPE, según se afirma, precisamente: «Para la consecución del objeto social de los CPE y con el fin de favorecer la eficiencia en la gestión de la actividad portuaria y la calidad del empleo en la estiba portuaria (…). En concreto, las empresas socias de los CPE tendrán las siguientes obligaciones: (vid. apartado 4 del artículo 18 de la Ley 14/1994):

> (a) Deben contribuir al mantenimiento del empleo y deben garantizar la ocupación efectiva del personal del CPE, solicitando la cesión temporal de trabajadores portuarios para las actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías, definidas en el artículo 130 del TRLPEMM, no realizadas por personal propio de la empresa socia, en los términos que se establezca en el contrato marco de prestación de servicios. Esta obligación, en la práctica, limita la posibilidad de que las Empresas Estibadoras socias de un CPE puedan contratar la prestación de los servicios de estiba de los trabajadores portuarios con otros operadores. No obstante, la caracterización de los CPE como empresas de propiedad conjunta de base mutualista y de constitución voluntaria, así como el hecho de que la regulación de los CPE se inspire en la STJUE de 11 de diciembre de 2014, en principio, justificarían esta medida. Es decir, con ello se permitiría cumplir tanto con el Convenio OIT núm. 137, dotando de estabilidad y calidad al empleo de los estibadores, como con la libre competencia en el sector. En concreto, en relación con la libre competencia, cabría entender que una vez garantizara la libertad de establecimiento, la libertad de contratación de trabajadores portuarios no quiebra porque las Empresas Estibadoras son libres para ser socias o no de un CPE, y la medida en cuestión es consecuencia de haber optado por ser socia de un CPE, precisamente, para dar cumplimiento al Convenio OIT núm. 137 para con las personas trabajadoras contratadas por los CPE[17].

[17] Esta justificación resulta esencial, dado que, pese a que esta obligación se establezca por ley, la CNMC, en sus informes de 8 de mayo y 28 de julio de 2020 advirtió que el establecimiento de un sistema de distribución del trabajo, obligatorio para las Empresas Estibadoras del CPE, que

Ahora bien, se permite que, a través de la negociación colectiva, se establezcan «las especificaciones necesarias para el desarrollo de esta obligación, particularmente mediante orientaciones en el ámbito de la organización y distribución del trabajo, incluida la fijación nombramientos y turnos, sistemas de rotación y otros que contribuyan a la estabilidad y calidad en el empleo y a una mayor eficiencia en la prestación del servicio».

(b) En régimen de no exclusividad, deben colaborar en la formación, perfeccionamiento y promoción profesional del personal del CPE. Para ello, las empresas deben poner a disposición de los CPE de los que sean socias los nuevos medios y sistemas de trabajo para la impartición de la formación necesaria y simultánea del personal contratado por las empresas y del puesto a disposición por el CPE.

(c) Deben participar en la puesta en práctica de las medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos y en las medidas sociales de acompañamiento, como las de recolocación que, conforme a lo previsto en el artículo 51 del TRLET, pudieran acordarse en el CPE[18].

En segundo lugar, se establecen una serie de obligaciones vinculadas al principio de conservación del negocio jurídico, en la medida en que se pretende que la posible descapitalización de los CPE, que puede derivar del hecho de que determinadas empresas socias de los CPE dejen de serlo, tenga los efectos menos negativos posibles para el empleo de los trabajadores portuarios contratados por los CPE.

Así, se permite que las empresas socias de un CPE transmitan su participación en el capital social a otra empresa titular de la licencia del servicio de manipulación de mercancías o ejerciten el derecho de separación en los supuestos, formas y condiciones establecidas en la ley reguladora de la forma societaria bajo la cual se haya constituido el CPE y, en su caso, en sus estatutos, todo ello sin perjuicio de cumplir la obligación

---

otorgue preferencia al personal del CPE frente a otros modelos de prestación del servicio genera un régimen de discriminación que puede considerarse equivalente al que se ha declarado nulo en el Derecho de la UE y los precedentes nacionales.

[18] Esta obligación, al igual que las obligaciones que se analizan en segundo lugar, pretenden evitar la incertidumbre acerca de la viabilidad de los CPE «dado que, ahora, las empresas socias ya no están obligadas a permanecer en la CPE y las CPE quedan integradas por una plantilla extensa de trabajadores con contrato indefinido; y hay libertad para recurrir a cualquier CPE o a las ETT ordinarias por cualquier empresa operadora. Por tanto, si las Empresas Estibadoras socias de los CPE reconvertidos abandonan estos y dejan de hacer uso del CPE se pone en peligro la viabilidad de los CPE y, también, el mantenimiento del empleo, pues la reducción del nivel de empleo de CPE se altera si se producen las salidas de alguno de sus socios, lo que obligaría a adoptar medidas de reducción de empleo que tendría que costear el CPE» (BALLESTER PASTOR, I. «El nuevo régimen jurídico (legal y convencional) de relaciones laborales en la estiba portuaria». En *REJLSS. Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2022, núm. 5, p. 144).

comentada de participar en la puesta en práctica de las medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos y en las medidas sociales de acompañamiento, como las de recolocación que, conforme a lo previsto en el artículo 51 del TRLET, pudieran acordarse en el CPE, y sin perjuicio también de aquellos mecanismos e instrumentos de estabilidad en el empleo que resulten de aplicación de conformidad con el TRLET y su normativa de desarrollo (vid. apartado 5 del artículo 18 de la Ley 14/1994).

En tercer lugar, el hecho de que se establezca que las facultades de dirección y organización del personal puesto a disposición por un CPE deben ejercerse en los términos y con el alcance previstos en las leyes y convenios de aplicación (vid. apartado 8 del artículo 18 de la Ley 14/1994) permite, en la línea de lo establecido en el artículo 15 de la propia Ley 14/1994, en el ámbito de las ETT, respecto a la relación entre los trabajadores cedidos por la ETT y la empresa usuaria en cuestión, que sean las Empresas Estibadoras que se valen de la mano de obra puesta a su disposición por los CPE las que ejerciten tales facultades, sin perjuicio de las que puedan reservarse a los CPE. De esta manera, se permite que exista una distribución del poder de dirección entre los CPE y las Empresas Estibadoras ajustada al papel que cada una de ellas desempeña en la relación triangular que constituyen junto a los trabajadores portuarios. En último término, la concreción de todo ello debe ofrecer seguridad jurídica a los trabajadores para ejercer, en su caso, las acciones que les puedan corresponder, ante el eventual incumplimiento de las obligaciones empresariales.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO Y ARTICULACIÓN Y CONCURRENCIA DE CONVENIOS QUE DERIVA DE LA MISMA

Tal y como se seduce del artículo 2 del Acuerdo, que, precisamente, lleva por rúbrica «Naturaleza jurídica», por una parte, el Acuerdo se configura como convenio franja para los trabajadores y las empresas en su ámbito personal y funcional[19].

Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 8 del Acuerdo, en lo que se refiere al ámbito personal, el Acuerdo se debe aplicar a las empresas titulares de la licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías (las «Empresas Estibadoras») y a los CPE. Se matiza, además, que como consecuencia de la naturaleza franja, el Acuerdo debe aplicarse a las personas trabajadoras de la estiba portuaria que presten servicios para las Empresas Estibadoras y los CPE en las actividades del ámbito funcional y en las eventualmente encomendadas por sus empleadores conforme a lo

[19] Debe considerarse que lo que caracteriza y determina la especificidad en los acuerdos o convenios colectivos franja es su ámbito de aplicación reducido a un grupo de trabajadores con unos intereses profesionales diferenciados del resto del contexto laboral de referencia, por lo que no engloban todo el universo personal de la empresa o sector (FUENTES RODRÍGUEZ, F. *Los convenios colectivos de franja*. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 28 y ss.).

previsto en los artículos 4.1 del Real Decreto-ley 8/2017 y artículos 18.1 y 19.2 de la Ley 14/1994, conforme a la redacción dada, respectivamente, por la Ley 4/2022 y por el Real Decreto-ley 9/2019 (*supra* I, 1.2, 1.3 y 1.4).

En lo que respecta al ámbito funcional, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 9 del Acuerdo, el mismo debe aplicarse en las actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías, definido en el artículo 130 del TRLPEMM; actividades que se relacionan, asimismo, en el Anexo I del Acuerdo.

Por otra parte, es un convenio o acuerdo colectivo sectorial, de los habitualmente denominados «generales», de ámbito estatal y de eficacia estatutaria, es decir, *erga omnes* o de aplicación a todos los trabajadores y a todos los empresarios de su ámbito de aplicación, al cumplir con los requisitos del Título III del TRLET.

Como recuerda el propio artículo 2, ello significa que se debe estar a los efectos previstos en el artículo 83.2 del TRLET.

Así, conforme a este último precepto, el Acuerdo establece tanto la estructura o articulación de la negociación colectiva en el sector de la estiba portuaria, como las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

En materia de estructura o articulación de la negociación colectiva, el Acuerdo establece la siguiente estructura para la negociación colectiva en el sector (vid. artículo 4 del Acuerdo):

> (a) El Acuerdo sectorial de ámbito estatal (es decir, el propio Acuerdo objeto de análisis).
>
> (b) Convenios o acuerdos colectivos sectoriales de ámbito autonómico, provincial o de un puerto o grupo de puertos.
>
> (c) Convenio o acuerdos colectivos de pluralidad de empresas titulares del servicio portuario de manipulación de mercancías que estén vincularas en razón a su adscripción a un puerto regulados en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 8/2017.

Claro está, dado que no cabe vulnerar el derecho a la negociación colectiva de los sujetos legalmente legitimados conforme a los artículos 87 y 88 del TRLET en ámbitos distintos a los referidos, el Acuerdo matiza expresamente que dicha estructura no limita tal derecho. Ahora bien, cuestión distinta es que, como se verá, al tratar la regulación de la concurrencia entre convenios, la libertad de negociación, que conlleva que los convenios colectivos tengan el ámbito de aplicación que las partes acuerden (vid. artículo 83.1 del TRLET), deba respetar una serie de reglas que la condicionan en la práctica.

Entre dichas reglas deben considerarse las propias que traen causa de la regulación de la concurrencia entre convenios, pues cabrá la posibilidad de que los acuerdos o convenios generales del artículo 83.2 fijen materias concretas indisponibles en otros ámbitos o materias que se configuren como norma mínima.

En todo caso, las partes firmantes del Acuerdo adoptan el compromiso de no promover la negociación colectiva en ámbitos distintos a los definidos en la estructura establecida. Se trata de una cláusula obligacional por la que las partes firmantes y solo ellas deciden no promover la negociación colectiva en el ámbito de empresa o centro de trabajo[20]. Es decir, que otras partes sí podrían negociar en dichos ámbitos, pero respetando las reglas de concurrencia de convenios que fija el Acuerdo.

Las reglas de concurrencia entre convenios de distinto ámbito se regulan en el artículo 5 del Acuerdo.

En primer lugar, se establece que el Acuerdo será de aplicación obligatoria y constituye norma mínima, excepto en materias en las que se remita a los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior y con el alcance que se establezca en la remisión.

Al respecto cabe indicar que el Acuerdo, al constituirse como norma mínima, se convierte también en un acuerdo o convenio general de materia concreta, *ex* artículo 83.3 del TRLET. Es decir, en verdad, se trata de un acuerdo mixto, en la medida en que incorpora cláusulas que responden a las características de los acuerdos marco del artículo 83.2 del TRLET, es decir, de estructura de la negociación colectiva y de resolución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, y cláusulas que tienen aplicación directa, como sucede con los acuerdos de materias concretas[21].

En segundo lugar, se establece que en las materias remitidas para su desarrollo a los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior será de aplicación el convenio o acuerdo de ámbito inferior en tanto respete la norma mínima y regule la materia en los términos, con el alcance y con respeto a los límites pactados en el Acuerdo.

---

[20] Como ha sabido advertir la doctrina científica, «si bien las cláusulas sobre estructura de la negociación colectiva serían, en su mayoría, cláusulas normativas —por cuanto generalmente van dirigidas a quienes deban negociar convenios colectivos en ámbitos distintos al correspondiente al convenio en el que las mismas se establecen—, un reducido número de ellas serían cláusulas obligacionales, porque quienes las conciertan simplemente se comprometen a actuar en un determinado sentido en otros niveles de negociación —potenciándolos o excluyéndolos—» [CAMPS RUIZ, L.M. «Estructura de la negociación colectiva». En *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva* (ALBIOL MONTESINOS, I., Dir.), Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos, 2005, p. 160]. Además, como con la estructura de la negociación establecida en el Acuerdo no se agota la capacidad negociadora en el sector de la estiba, no cabría entender que estemos ante una cláusula normativa, tal y como se interpretó por ese motivo en la STS 4ª, de 10 de abril de 2022, núm. rec. 1227/2001.

[21] Vid. en este sentido GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F. «El acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario. Una experiencia de las posibilidades de desarrollo de la negociación colectiva». En *Relaciones Laborales*, 1988, pp. 5-6 (LA LEY 1033/2001).

En tercer lugar, se establece que en las materias no reguladas en el Acuerdo se estará a lo pactado en convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior por los sujetos legalmente legitimados para ello.

Haber optado por que el Acuerdo constituya norma mínima y posibilitar, por remisión, que los convenios o acuerdos de ámbito inferior regulen determinadas materias, aunque sea en los términos, con el alcance y con respecto a los límites fijados en el Acuerdo, resulta coherente, por una parte, con el objetivo de garantizar, en los aspectos elementales, la uniformidad en el cumplimiento del nuevo marco normativo de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, y, por otra parte, con la tradición existente, según la cual los estibadores de cada puerto de interés general cuentan con su propio convenio colectivo[22].

Ciertamente, la tradición existente en cuanto a la existencia de convenios colectivos de estibadores portuarios en ámbitos inferiores constituye una razón objetiva y proporcionada para que el Acuerdo no haya optado por reservarse la regulación de ciertas materias en exclusiva[23], como sucede, por ejemplo, en el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021[24], que establece el carácter prioritario en las materias concretas tratadas en el mismo (vid. artículo 9), o en el IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal[25], que reserva para su negociación en el ámbito estatal determinadas materias (vid. artículo 11), a pesar de que en ámbitos inferiores exista una amplia tradición en materia de negociación colectiva, y ello resulte, cuando menos, discutible, en la medida en que pueda entenderse que conlleva un vaciado del derecho a la negociación colectiva, y, por tanto, de vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, de sindicatos que reúnan en ámbitos inferiores los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 del TRLET.

En todo caso, el Acuerdo matiza que las referencias que realiza a los convenios o acuerdos de ámbito inferior se relacionan con la estructura de la negociación prevista en el mismo. Igualmente, reconoce la prioridad aplicativa de los convenios de ámbitos distintos a los indicados en dicha estructura, con el alcance y efectos que se determinaran, en su caso, mediante normas de Derecho necesario absoluto. Pese a

---

[22] Sobre los convenios colectivos sectoriales inferiores véase el análisis realizado en OJEDA AVILÉS, A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019*. Madrid: LA LEY-Wolters Kluwer, 2019, pp. 95-107.

[23] *A sensu contrario*, vid. SAN 4ª, de 28 de septiembre de 2016, núm. rec. 211/2016, F.D. 5º, que se refiere expresamente a «un contexto en el que la negociación colectiva tradicional había desaparecido en el ámbito provincial y no había un solo convenio sectorial autonómico vigente en el sector (…)».

[24] BOE de 14 de mayo de 2021, núm. 115.

[25] BOE de 12 de enero de 2022, núm. 10.

referirse en esos términos, en realidad, debe entenderse que se trata de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa en las materias tasadas en el artículo 84.2 del TRLET, pues como establece este último precepto, *in fine*, «los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 [del TRLET] no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista (…) [en el mismo]». Del mismo modo, no cabe olvidar que todas las remisiones a la negociación colectiva en materia de contratación realizadas en la regulación de los CPE llevada a cabo por el artículo 20 de la Ley 14/1994 deben considerarse desde el prisma de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, en lo que se refiere a la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el TRLET a los convenios colectivos de empresa (vid. artículo 84.2.d del TRLET).

III. LA ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA EN EL SECTOR DE LA ESTIBA PORTUARIA COMO EJE CENTRAL DEL ACUERDO

Como concreción de lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2019, que se refiere a las facultades de organización y dirección, el Acuerdo contiene una amplia regulación de aspectos relevantes, diseminada a lo largo de sus distintos Capítulos. Por ello, a continuación, se analizará el contenido de los correspondientes Capítulos que se refieren a dichas facultades, debiéndose advertir que, con frecuencia, se producen remisiones e interconexiones entre los contenidos de dichos Capítulos. Además, se intercalan, con frecuencia, aspectos que tratan de justificar que la puesta en práctica de las facultades de organización y dirección por las Empresas Estibadoras es respetuosa con la libre competencia. Vinculado al artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2019, también debe considerarse el desarrollo que se lleva a cabo en el Acuerdo del artículo 18 de la Ley 14/1994, en la medida en que las obligaciones fijadas por este precepto tienden a la eficiencia de la gestión de la actividad portuaria y la calidad del empleo en la estiba portuaria, y ello entronca con la mejora de la competitividad pretendida por el mencionado artículo 3, que se refiere expresamente a la calidad del empleo como medida complementaria para dicha mejora.

3.1. Contenido del Capítulo III del Acuerdo

Bajo la rúbrica «Potestad de dirección y organización del trabajo», en el artículo 11 del Acuerdo se incide en la idea de que la organización y dirección del trabajo es facultad

exclusiva de la dirección de las Empresas Estibadoras. Dentro del respeto a la legislación vigente y a los derechos individuales de los trabajadores, así como a la regulación contenida en el propio Acuerdo, como suelo mínimo, se reconoce el campo de actuación de los convenios y acuerdos colectivos de ámbito inferior que forman parte de la estructura de la negociación colectiva fijada por el artículo 4 del Acuerdo.

Centrando la atención en el contenido mínimo del Acuerdo, de entrada, en plena sintonía con el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2019, se recuerda que:

> (a) Son potestades propias de las Empresas Estibadoras el ejercicio de las facultades de dirección, organización y control de la actividad laboral de las personas trabajadoras portuarias en los términos previstos en el artículo 20 del TRLET.
>
> (b) Corresponden a las Empresas Estibadoras idénticas facultades en el caso de que la contratación de los trabajadores portuarios se haya realizado por medio de CPE o ETT.
>
> (c) Entre las facultades de dirección y organización se entiende incluida la de designar al personal necesario para realizar cada una de las actividades portuarias.

No obstante, se establece que la modificación de las «manos» o equipos de trabajo se tramitará conforme a las disposiciones del propio Acuerdo y del artículo 41 del TRLET. Es decir, se deja dicha materia al margen del *ius variandi* del empresario.

A continuación, se concretan algunas de las medidas previstas en el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2019 como complementarias para la mejora de la competitividad de los puertos.

Así, en lo que respecta a las reglas sobre la adscripción del personal a las tareas portuarias, se establece que, bajo el ejercicio del poder de dirección, las personas trabajadoras realizarán las tareas que se les encomienden de entre las indicadas en el artículo 17 del Acuerdo, a saber, dependiendo del grupo profesional al que pertenezcan, teniendo en cuenta que se contemplan los siguientes grupos profesionales: Grupo I: Especialista; Grupo II: Oficial Manipulante; Grupo III: Controlador de Mercancía; y Grupo IV: Capataz.

Al mismo tiempo, ello se relaciona con la regulación de la «estructura de la plantilla y modalidades de contratación del personal» que se lleva a cabo en el artículo 12 del Acuerdo. El punto de partida de este precepto tiene que ver con el respeto a la libre competencia, pues las Empresas Estibadoras son libres para contratar directamente a los estibadores (personal «integrado» en los términos del Acuerdo) o de acudir para la

obtención de estibadores a otros medios admitidos por la legislación vigente, que no son otros que los CPE y las ETT. Una libertad de competencia que se sustenta en la existencia de distintos modelos de prestación de servicios de estiba y que se conecta directamente con la libertad de establecimiento de las empresas que operan conforme a dichos modelos. Pero una vez ejercida la opción para hacerse con el personal que requiera para prestar sus servicios, la correspondiente Empresa Estibadora debe ocupar a dicho personal en las actividades del ámbito funcional del Acuerdo considerando la capacitación profesional legalmente exigida y el procedimiento de selección y de encuadramiento profesional que se establecen en el propio Acuerdo.

Y en lo que se refiere a las reglas relativas a la estabilidad y calidad en el empleo, el Acuerdo hace girar toda su regulación en torno al derecho de las personas trabajadoras a la ocupación efectiva proclamado en el artículo 4.2.a) del TRLET. La regulación básica del Acuerdo sobre el derecho a la ocupación efectiva se contempla en el artículo 13, bajo la rúbrica «Sistema de organización y distribución de trabajo».

Conforme a dicha regulación básica, el derecho a la ocupación efectiva queda condicionado por cuestiones que se abordan en los Capítulos VII y VIII del Acuerdo, respectivamente.

Así, dentro del Capítulo VII, relativo a la selección y contratación de personal, debe estarse a los «principios, obligaciones y procedimiento para la contratación de personal por las Empresas Estibadoras y por los CPR», que se regulan en el artículo 28.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 28, los ingresos de nuevas personas trabajadoras a las plantillas de las Empresas Estibadoras o de los CPE son libres, aunque para la contratación de personal de CPE por las Empresas Estibadoras socias debe estarse a las reglas fijadas en Capítulo IV, y, en orden, a conjugar la calidad del empleo con el adecuado dimensionamiento de las plantillas, debe estarse a los indicadores fijados en el apartado 3 del artículo 28. Tal y como se dispone en dicho precepto, tales indicadores son consecuencia de las características del trabajo en el sector, en que se combina la flexibilidad de la jornada, disponibilidad para atender el trabajo en los turnos en que se genere la demanda, la discontinuidad del tráfico marítimo, la rotación en la distribución del trabajo, la garantía de descanso como elemento esencial de la prevención de riesgos laborales y la determinación de la retribución en función de la actividad realizada. En concreto, se trata de los siguientes indicadores:

> (a) Nivel óptimo de empleo: se entiende por nivel óptimo de empleo de las personas trabajadoras el 100% de la jornada mínima mensual obligatoria pactada, computada por CPE y/o Empresa Estibadora anualmente, y a rendimiento habitual. Además, en el análisis de este indicador debe incorporarse, cuando

exista, la actividad realizada con personal sin cualificación profesional y mediante contratación eventual o de puesta a disposición.

(b) Nivel de ocupación: en orden a la consecución del objetivo de nivel óptimo de empleo, se deben computar los turnos realizados por cualquier persona trabajadora en la actividad a rendimiento habitual, con aplicación —cuando proceda— de la polivalencia y movilidad reguladas en el Acuerdo. También debe tenerse en cuenta el personal empleado mediante contrato de puesta a disposición. Se deducirán los períodos de bajas o jornadas no realizadas por las causas de suspensión del contrato de trabajo, sin superar, a estos efectos, el 4% anual.

(c) Nivel de ingresos: para determinar el número de personas trabajadoras de nuevo ingreso necesarias para la adecuación de las plantillas a la actividad del empleador se deben aplicar los anteriores indicadores por grupos profesionales y especialidades.

La representación legal y sindical del CPE o de la Empresa Estibadora contratante pueden emitir un informe sobre las necesidades de empleo, teniendo en cuenta el volumen de actividad del CPE o Empresa Estibadora y las exigencias de formación y aptitud requeridas para cada puesto de trabajo, la previsión de jubilaciones a cinco años y la adaptación tecnológica. Asimismo, en dicho informe se podrá recomendar la realización de ascensos o promociones profesionales entre grupos y listas de especialidad; ascensos o promociones profesionales que cuenta también con una regulación específica en el Acuerdo (vid. dentro del Capítulo V, los artículos 18 y 19).

Igualmente, la representación legal y sindical del CPE o de la Empresa Estibadora contratante pueden emitir informe sobre el ingreso de personas trabajadoras, previa audiencia con el empresario, aun cuando no se alcance el nivel de ingreso establecido, cuando se aleguen circunstancias que afecten a las condiciones de trabajo, formación profesional de la plantilla, medidas de adecuación de la plantilla en previsión de jubilaciones o bajas, introducción de nuevas tecnologías, tráfico del puerto u otra circunstancia que la justifique.

En todo caso, con fundamento en el artículo 2 del Convenio OIT núm. 137, las Empresas Estibadoras y los CPE deben dar ocupación efectiva en un mínimo del 85% del nivel de empleo óptimo al personal contratado[26]. El cómputo de dicho porcentaje debe realizarse, de forma individualizada, por Empresa Estibadora y por CPE.

[26] Conforme al artículo 2 del Convenio OIT núm. 137, sin perjuicio de que «la política nacional deberá estimular a todas las partes interesadas a que, en la medida de lo posible, se asegure el

Como garantía del cumplimiento de los niveles óptimos de empleo y ocupación, la representación legal o sindical de las personas trabajadoras de un CPE o de la Empresa Estibadora están facultadas para requerir a sus empleadores la información necesaria para determinarlos y, en su caso, para proponerles incrementos de la plantilla.

Por su parte, dentro del Capítulo VIII, relativo a la garantía y estabilidad en el empleo, debe tenerse en cuenta lo preceptuado por el artículo 34.2. En el mismo se establece el motivo por el que se conviene que el nivel mínimo de ocupación efectiva garantizado será del 85% del nivel óptimo de empleo, sin que sea posible una garantía de ocupación del 100% de los días en que el personal del ámbito del Acuerdo debe estar disponible para el trabajo. Así, dicha imposibilidad se justifica por características de la irregularidad de los tráficos portuarios, la concentración temporal de la demanda de mano de obra cuando se produce la actividad portuaria, la demanda intensiva de la mano de obra en jornadas sucesivas y la variabilidad en el volumen del personal preciso para atender con eficiencia las necesidades propias de las operativas portuarias.

Una vez tenidas en cuenta las condiciones de los artículos 28 y 34.2 del Acuerdo, que se acaban de analizar, el artículo 13 del Acuerdo establece que, a efectos de respetar el derecho de las personas trabajadoras a la ocupación efectiva, tendrá igual tratamiento el personal propio contratado directamente por las Empresas Estibadoras y el del CPE del que sea socia la Empresa Estibadora. Es más, respecto al personal de las CPE que preste servicios para las Empresas Estibadoras socias, se establece la obligación de que el correspondiente CPE garantice la retribución mínima establecida en el artículo 50 del Acuerdo. En cualquier caso, este derecho a la ocupación efectiva debe completarse con las regulaciones específicas relativas a los CPE que se contienen en los Capítulos IV y VI del Acuerdo (*infra* 3.2 y 3.4, respectivamente).

Con fundamento en todo ello, el artículo 13 del Acuerdo detalla, a continuación, el sistema de organización y distribución del trabajo originado como consecuencia de la actividad de las Empresas Estibadoras.

Se establece que dicho trabajo se distribuirá diariamente mediante rotación del personal disponible por grupos profesionales y las especialidades establecidas en los artículos 17 y concordantes del Acuerdo, pero teniendo en cuenta también las particularidades establecidas en los convenios o acuerdos de ámbito inferior.

Los concretos nombramientos se deben realizar por rotación, y salvo pacto en contrario dispuesto en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, conforme a los siguientes criterios:

---

empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios» (apartado 1), «en cualquier caso, deberán asegurarse a los trabajadores portuarios períodos mínimos de empleo o ingresos mínimos, cuya amplitud e índole dependerán de la situación económica y social del país y del puerto de que se trate».

(a) La Empresa Estibadora deberá dar ocupación efectiva a su personal. Al efecto, deberá ocupar al personal contratado directamente mediante su nombramiento en el primer turno de cada día en el que la empresa tenga actividad. Cumplida la obligación, el citado personal no podrá realizar otro turno de trabajo en el mismo día. Ahora bien, cuando la Empresa Estibadora opte por dar ocupación en un segundo turno a dicho personal, se nombrará al que hubiera trabajado en el buque que requiera el reenganche.

(b) Asimismo, por mandato del artículo 18.4.a) de la Ley 14/1994, la Empresa Estibadora deberá dar ocupación efectiva al personal del CPE del que sea socia en la realización de las actividades que precise para las que no haya sido nombrado el personal de la Empresa Estibadora. Debe matizarse que este criterio es de obligado cumplimiento también para los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, pero que dicho cumplimiento se llevará a cabo dependiendo del resto de criterios que se adopten en su caso por dichos acuerdos o convenios de ámbito inferior, en lo que se refiere a la asignación de turnos de trabajo.

(c) Para cubrir las necesidades no atendidas por el personal del CPE del que sea socia la Empresa Estibadora, esta podrá —a su elección— ocupar en un segundo turno al personal contratado directamente o, en su caso, al personal disponible del CPE del que sea socia, al personal cualificado puesto a disposición por ETT o a través de otros modelos de prestación de servicios.

(d) El personal integrado o adscrito en la plantilla de la Empresa Estibadora será ocupado para el trabajo diario en el grupo profesional y especialidad adquirida conforme a lo previsto en los artículos 18 y 19 del Acuerdo. Se admite la polivalencia en tarea distinta del citado personal cuando el CPE del que, en su caso, sea socia la Empresa Estibadora o las ETT que operen en el puerto no dispongan de personal para atender las peticiones de la Empresa Estibadora.

Por último, para terminar con el análisis del sistema de organización y distribución del trabajo originado como consecuencia de la actividad de las Empresas Estibadoras, el artículo 13 del Acuerdo contiene tres previsiones más.

En primer lugar, se establece que las Empresas Estibadoras, en el ejercicio de sus facultades de organización y dirección, podrán distribuir la carga de trabajo entre el personal en función de sus criterios operacionales, cumpliendo lo establecido en el propio Acuerdo, en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior y, en su defecto, en la legislación laboral vigente.

En segundo lugar, se faculta a las Empresas Estibadoras para ocupar con trabajo efectivo a las personas trabajadoras durante toda la jornada de trabajo en la realización de actividades portuarias que integran el ámbito funcional del Acuerdo, siempre que el inicio de la nueva operativa haya supuesto la finalización de la anterior, al menos, durante el indicado turno. Ahora bien, en el caso de que la ocupación no afecte a la totalidad del equipo de trabajo, por no requerirlo la operación a juicio de la empresa, se establece que la designación del personal que se quede a realizarla atenderá a la rotación del empleo, y especialidad requerida, y que, salvo pacto en convenio o acuerdo de ámbito inferior, será designado primeramente el que haya sido nombrado en primer lugar en esa jornada, según su número de lista, y así sucesivamente.

En tercer lugar, se matiza que el sistema de organización y distribución del trabajo del propio artículo 13 del Acuerdo; la movilidad funcional dentro y fuera del grupo profesional establecida en los artículos 20, 21 y 22; la jornada máxima anual y distribución irregular de la jornada del artículo 38, la jornada mínima mensual obligatoria y disponibilidad de personal para realizarla conforme al artículo 39; la realización de horas extraordinarias y remates de buques del artículo 41; y los turnos de trabajo y jornadas especiales de 12 horas pactados en el artículo 44 del Acuerdo, y su integración en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, como medidas orientadas a lograr una mayor flexibilidad, será de aplicación exclusiva a las Empresas Estibadoras que oferten ocupación efectiva para cubrir la totalidad de sus necesidades operativas conforme el sistema de nombramientos y condiciones convencionalmente acordado en el Acuerdo y en los convenios y acuerdos colectivos de ámbito inferior. A efectos aclaratorios, se señala, además, que la oferta de ocupación efectiva podrá también materializarse mediante la puesta a disposición de personal estibador por más de un turno, con arreglo a lo previsto en el artículo 14.b) del Acuerdo. Finalmente, con carácter subsidiario, se establece que, en otro caso, las condiciones laborales aplicables serán las establecidas en la legislación laboral vigente.

3.2. Contenido del Capítulo IV del Acuerdo

El Capítulo IV del Acuerdo versa sobre los «Modos de puesta a disposición de las Empresas Estibadoras de personal procedente de CPE», de forma y manera que se incide en la gestión de la actividad de los CPE, al tiempo que se concretan importantes cuestiones que el artículo 18.4 de la Ley 14/2014 deja en manos de la negociación colectiva.

De entrada, en materia de adscripción del personal de los CPE a las tareas portuarias (vid. artículo 17 del Acuerdo), se establece que los CPE pondrán a disposición de las Empresas Estibadoras el personal mediante el sistema de rotación por grupos

profesionales y especialidades, conforme a lo establecido en los artículos 17 y concordantes del propio Acuerdo, y con las particularidades establecidas en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior.

Ahora bien, conforme a dicha pauta general, se especifica que los trabajadores de los CPE serán puestos a disposición de las Empresas Estibadoras para la realización de la actividad profesional mediante algunos de los siguientes sistemas:

> (a) Puesta a disposición por un turno de trabajo o, en su caso, reenganche o para el turno de 12 horas previsto en el propio Acuerdo, todo ello según el sistema de nombramiento rotativo convenido.
>
> (b) Puesta a disposición por un período superior al indicado en el apartado anterior conforme a lo establecido en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior. Se aclara, además, que el tiempo de trabajo prestado bajo esta modalidad de puesta a disposición se computará a todos los efectos como antigüedad en el CPE.

A continuación, se regula la contratación del personal del CPE por las Empresas Estibadoras (vid. artículo 15 del Acuerdo). Debe entenderse esta regulación desde las obligaciones que conlleva la consideración de los CPE como empresas de propiedad conjunta de base mutualista para con las Empresas Estibadoras socias de la misma, teniendo en cuenta que la participación en los correspondientes CPE es voluntaria para cualquier Empresa Estibadora, como salvaguarda de la libre competencia en el sector de la estiba.

De este modo, cuando una Empresa Estibadora socia de un CPE pretenda la incorporación a su plantilla de personal mediante contrato por duración indefinida u otra modalidad admitida en la legislación vigente en las condiciones indicadas en el propio Acuerdo (vid. Capítulo VII), deberá realizar la oferta de empleo a todo el personal del CPE del que sea socia. En el Acuerdo se fijan los trámites conforme a los cuales debe llevarse a cabo todo el procedimiento, desde la oferta hasta la contratación.

Como reflejo de la importancia que se da en el Acuerdo a la estabilidad en el empleo, y como fiel reflejo del principio de conservación del negocio jurídico, se establece que la contratación de personas del CPE por la Empresa Estibadora suspenderá el contrato de trabajo de aquellas con la CPE y que cabrá la reincorporación al CPE en las condiciones laborales derivadas de la aplicación del Acuerdo y del convenio o acuerdo colectivo de aplicación de ámbito inferior. En concreto, se prevé el derecho a la reincorporación inmediata al CPE en los supuestos de extinción del contrato con la Empresa Estibadora por cualquier causa, salvo el despido declarado procedente. Asimismo, se establece que, en todo caso, el tiempo de servicio prestado en el CPE o en la Empresa Estibadora se

computará a todos los efectos como antigüedad en el otro empleador, sin que puedan considerarse los mismos períodos de antigüedad más de una vez a los efectos del cálculo de indemnizaciones por despidos o extinciones de contrato. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 63 del propio Acuerdo, cuando un trabajador que tenía suspendido su contrato con el CPE ve extinguido su contrato con la Empresa Estibadora y decide reingresar a su CPE no tendrá derecho a percibir la indemnización legal por la extinción del contrato.

Por último, se concreta el sistema de llamamientos y nombramientos para el personal de los CPE (vid. artículo 16 del Acuerdo), dentro de la lógica del artículo 18.4.a) de la Ley 14/1994, según la cual las Empresas Estibadoras socias de los CPE deben dar ocupación efectiva al personal de estos. Se establece así que la ocupación efectiva del personal de los CPE por las Empresas Estibadoras socias se realizará mediante los llamamientos del personal en las condiciones y conforme a las modalidades de llamamientos y nombramientos contemplados en el Acuerdo o en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior.

Como garantía de la libre competencia, y en sintonía con lo dispuesto por el artículo 18.2 de la Ley 14/1994, se establece que los CPE podrán atender, también, las solicitudes de puesta a disposición de personal que soliciten, libremente, las Empresas Estibadoras que no sean sus socias o no tengan suscrito con ellos contrato de puesta a disposición.

Como regla general, se establece que cada CPE organizará diariamente la distribución y adscripción de su personal mediante el sistema de rotación dispuesto convencionalmente, recurriendo, en caso de ser necesario, a la contratación de personal con carácter temporal, conforme a los términos regulados en el Capítulo VII del Acuerdo.

La concreta regulación de los llamamientos del personal de los CPE se deja en manos de los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, pero, subsidiariamente, ante la eventual ausencia de regulación en los mismos, se establece la forma de llevar a cabo dichos llamamientos.

En lo que se refiere a las peticiones de personal de las Empresas Estibadoras a los CPE, el Acuerdo también se limita a concretar la forma de llevarlas a cabo, dejando un amplio margen de actuación a los convenios y acuerdos colectivos de ámbito inferior, en las cuestiones más específicas, como sucede con la antelación con la que las Empresas Estibadoras pueden presentar los pedidos de personal a los CPE.

De especial interés para garantizar la calidad el empleo y la eficiencia del servicio resulta el derecho que se otorga a las Empresas Estibadoras y a la representación unitaria de las personas trabajadoras para que durante el proceso de nombramiento del personal en los CPE designen un representante que esté presente y supervise el

cumplimiento de las normas y acuerdos aplicables en el puerto y, en su caso, contribuya a resolver de inmediato las dudas o conflictos interpretativos.

3.3. Contenido del Capítulo V del Acuerdo

Dentro del Capítulo V del Acuerdo, relativo a «Grupos profesionales, promoción profesional y criterios de clasificación y resolución de discrepancias», deben destacarse algunos aspectos vinculados a la promoción profesional.

En primer lugar, y de conformidad con el artículo 18.4.b) de la Ley 14/1994, si bien se prevé que los CPE deben organizar los cursos de formación profesional necesarios para mantener un alto nivel de profesionalidad de las personas trabajadoras que permita la promoción profesional y la adaptación constante a las nuevas tecnologías y sistemas de trabajo, se establece la obligación de las Empresas Estibadoras socias de los CPE de colaborar, en régimen de no exclusividad, para posibilitar la formación, perfeccionamiento y la promoción profesional del personal. En concreto, conforme al artículo 18.4.b) de la Ley 14/1994, se establece que las Empresas Estibadoras socias deben poner a disposición de los CPE los nuevos medios o sistemas de trabajo para la impartición de la formación necesaria y simultánea del personal contratado por las Empresas Estibadoras y del puesto a disposición por los CPE (vid. artículo 18 del Acuerdo).

Como concreción de la no exclusividad en la formación profesional que debe llevarse a cabo a través de los CPE, el Acuerdo posibilita a las Empresas Estibadoras, para que, por sí mismas o en colaboración con tercero habilitado para ello, organicen cursos de formación profesional para las personas trabajadoras de la estiba portuaria, en condiciones equivalentes a las establecidas para los CPE, a las que se ha hecho referencia anteriormente (vid. artículo 18 del Acuerdo).

Del mismo modo, se posibilita a las Empresas Estibadoras para organizar por sí mismas o mediante la contratación de servicios externos, incluidos los CPE, los cursos de formación profesional del personal directamente contratado por ellas (vid. artículo 18 del Acuerdo).

Se matiza, igualmente, que el personal estibador integrado que tenga suspendido el contrato de trabajo con el CPE tiene derecho al acceso a la formación impartida por el CPE, tal y como ocurre con el personal estibador adscrito (vid. artículo 18 del Acuerdo).

En segundo lugar, se reconoce, tanto al personal estibador integrado que tenga suspendido el contrato de trabajo con el CPE, como al personal estibador adscrito, el derecho de reincorporarse al CPE, cuando estando acreditados para acceder a un grupo profesional superior o especialidad dentro del mismo grupo, no exista puesto de trabajo

de dicho grupo en la Empresa Estibadora en la que vinieran prestando sus servicios (vid. artículo 18 del Acuerdo).

En tercer lugar, con antelación a la nueva contratación de personal en las plantillas de los CPE o de las Empresas Estibadoras conforme a lo previsto en el artículo 15 del Acuerdo, se impone al empleador el deber de realizar un proceso de promoción profesional al que tendrá derecho de acceso el personal del ámbito del Acuerdo de las Empresas Estibadoras afectadas y el del CPE en cuestión (vid. artículo 18 del Acuerdo).

En cuarto lugar, como criterio para la promoción profesional, se establece que el sistema garantizará la plena igualdad de oportunidades para acceder a todas las promociones y ascensos que se efectúen en su respectivo ámbito entre las personas trabajadoras de las propias Empresas Estibadoras y las de los CPE de los que sean socias [vid. artículo 19.a) del Acuerdo].

3.4. Contenido del Capítulo VI del Acuerdo

El Capítulo VI, bajo la rúbrica «Movilidad funcional, modo de nombramientos, límites a la movilidad funcional y organización de la plantilla de los CPE» contiene importantes medidas orientadas a lograr una mayor flexibilidad y a garantizar la mejora de la productividad y de la calidad del empleo en el sector, como desarrollo de lo preceptuado en los apartados 2 y 4 del artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2019.

La primera de las medidas consiste en la movilidad funcional dentro del grupo profesional (vid. artículo 20 del Acuerdo). Al respecto, se establece que:

> (a) El personal portuario realizará las funciones correspondientes a su grupo profesional y especialidades reconocidas y el nombramiento se efectuará según la especialidad requerida. En el supuesto de estar en posesión de diversas especialidades, el nombramiento se efectuará según el orden que se establezca en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior.
>
> (b) En un mismo turno se podrán realizar todas las funciones correspondientes a las especialidades del grupo profesional del trabajador en régimen de movilidad funcional.
>
> (c) La existencia de especialidades dentro de un grupo profesional no limita la movilidad funcional del personal encuadrado en el mismo, que sólo estará limitada por la acreditación profesional para realizar determinadas tareas con respeto a la dignidad de la persona trabajadora.

La segunda medida se refiere al nombramiento de personal para la realización de funciones de otros grupos profesionales (vid. artículo 21 del Acuerdo). Con respecto a la misma, se dispone lo siguiente:

> (a) Cuando en un CPE no exista personal disponible para la realización de funciones de un grupo o especialidad, el nombramiento se efectuará entre las personas trabajadoras encuadradas en otro grupo profesional o especialidad que, no habiendo sido nombradas para realizar las funciones correspondientes al suyo, tengan acreditada la especialidad requerida o, en su caso, estando en proceso de formación reúnan las condiciones básicas para su realización en condiciones de seguridad laboral.
>
> (b) La movilidad funcional entre grupos profesionales se implantará siempre que en una jornada no exista, en la propia Empresa Estibadora y en el CPE del que sea socia o con los que tenga suscrito un contrato de puesta a disposición, personal disponible del grupo profesional requerido. Esta movilidad viene limitada solo por la acreditación profesional de la persona trabajadora y deberá realizarse con respeto a su dignidad y será posible si existen razones técnicas y organizativas que lo justifiquen y por el tiempo imprescindible. Así, el nombramiento deberá efectuarse para trabajar en otro grupo, cuando se haya agotado la lista del grupo de referencia y se tenga la especialidad requerida para desempeñar las tareas específicas del otro grupo.
>
> (c) La movilidad funcional entre grupos profesionales del personal integrado o adscrito a una Empresa Estibadora precisará que el citado personal tenga la acreditación profesional para la especialidad requerida y que el CPE del que la Empresa Estibadora sea socia no tenga disponibilidad de personal del grupo profesional y especialidad correspondientes en el turno requerido.

En todo caso, como clara manifestación de la apuesta por la calidad del empleo, se establece que ambas medidas solo serán aplicables en el ámbito de una Empresa Estibadora cuando la formación en todas las especialidades haya sido ofertada por la misma en condiciones de igualdad para el personal del CPE del que, en su caso, sea socia y para el personal integrado o adscrito en la plantilla de la Empresa Estibadora y cuando se cumpla la garantía de ocupación y calidad en el empleo mediante el porcentaje mínimo de contratación indefinida, retribución mínima garantizada y la ocupación mínima convenidos en los artículos 12, 28 y 51 del Acuerdo.

Del mismo modo, la aplicación de ambas medidas se condiciona a la cobertura de las necesidades de personal de la Empresa Estibadora mediante la ocupación de los

profesionales del CPE del que sea socia [incluyendo la puesta a disposición de personal estibador por más de un turno de conformidad con el artículo 14.b) del Acuerdo] y al cumplimiento también para con los mismos de los períodos mínimos de empleo o ingresos mínimos pactados en el Acuerdo (vid. artículo 22 del Acuerdo).

3.5. Contenido del Capítulo VII del Acuerdo

En el Capítulo VII del Acuerdo, que versa sobre la «Selección y contratación de personal», al margen de que se vuelve a incidir, con el fin de dar cumplimiento a la libre competencia en el sector, en que las empresas podrán emplear a las personas trabajadoras directamente o utilizar a personal puesto a su disposición por las entidades debidamente autorizadas para ello, de conformidad a las normas legal o convencionalmente aplicables (vid. artículo 24 del Acuerdo), y de que se contemplan los principios, las obligaciones y el procedimiento para la contratación de personal por las Empresas Estibadoras y por los CPE (vid. artículo 28 del Acuerdo), que ya han sido objeto de análisis (*supra* 3.1), deben destacarse las dos medidas que se contienen bajo la denominación de «adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades operativas» (vid. artículo 31 del Acuerdo), en cuanto, en realidad, se trata de medidas orientadas a lograr una mayor flexibilidad y a garantizar la calidad del empleo en el sector.

Así, conforme a la primera de las dos medidas, cuando en un CPE o Empresa Estibadora descienda la actividad del año natural anterior y produzca un nivel de ocupación inferior al 75% del nivel óptimo de empleo, la entidad empleadora y su representación legal y sindical analizarán y, en su caso, adoptarán los acuerdos que estimen pertinentes (amortizaciones de puestos de trabajo, despido colectivo, suspensión temporal de los contratos, disminución de retribución, etc.), para la adecuación de las plantillas a las necesidades operativas.

No obstante, en el concreto caso de que se prevea la mencionada disminución del nivel de ocupación como consecuencia de un proceso de cambio tecnológico que se acredite de forma objetiva y fehaciente, se adoptarán las medidas antes indicadas a las que se adicionará la identificación de los nuevos puestos de trabajo y las especialidades generadas por el cambio y se iniciarán los procesos de formación para la preparación del personal afectado a las nuevas necesidades. Asimismo, se incluirán entre las medidas que proceda adoptar las de recolocación y las del Plan Social de acompañamiento previstas en el artículo 37 del Acuerdo. La Empresa Estibadora o CPE afectado acreditará el cumplimiento del anterior indicador.

En su caso, las medidas de adecuación de las plantillas a las demandas afectarán, prioritariamente, a las personas trabajadoras a tiempo parcial, mediante la reducción del tiempo de trabajo si fuera preciso, a niveles inferiores al 50% y a las personas

trabajadoras de nuevo ingreso en los grupos profesionales I, II, III y IV en período de formación, salvo que se pacten otras medidas por las RLT, el CPE o las Empresas Estibadoras afectadas.

Si, finalmente, fuera precisa la extinción de contratos, el personal afectado mantendrá un derecho preferente de reingreso en la plantilla sin realización de las pruebas selectivas previstas en el artículo 32.4 del Acuerdo.

De acuerdo con la segunda de las medidas, cuando por una Empresa Estibadora o CPE incluidos en el ámbito personal del Acuerdo se prevea un descenso de la actividad anual que pueda generar un nivel de ocupación inferior al 85% del nivel óptimo de empleo, un tercero independiente designado al efecto por la propia Empresa Estibadora o CPE analizará, previa consulta con la representación legal y sindical de la empresa, las necesidades de empleo de otras Empresas Estibadoras o CPE en el ámbito funcional del Acuerdo en el mismo puerto, al objeto de ofertarles la incorporación del personal excedente. En el supuesto de inexistencia de acuerdo para la recolocación del personal excedente, se procederá a implantar un Plan Social de acompañamiento que podrá incorporar medidas de suspensión temporal de los contratos, aplicando preferentemente los períodos de suspensión a la realización de los pertinentes cursos y labores de formación de los estibadores afectados por las mismas.

Igualmente, quedan contemplados en la regulación de esta segunda medida el modo de en el que debe realizarse la oferta del excedente al tercero independiente, el modo de proceder de este y los derechos que asisten a la RLT.

3.6. Contenido del Capítulo VIII del Acuerdo

En el Capítulo VIII del Acuerdo se contienen diversas medidas para la «Garantía y estabilidad en el empleo». Estas medidas obedecen según el Acuerdo a los mandatos contenidos, para la garantía y estabilidad en el empleo, en el Convenio OIT núm. 137, en la Carta Social Europea y en su normativa social, así como a las previsiones de protección de las personas trabajadoras contenidas en el Real Decreto-ley 8/2017 y en el Real Decreto-ley 9/2019, y, singularmente, son consecuencia del carácter mutualista, libre y voluntario, en la contratación, formación y uso compartido del personal por medio de los CPE (vid. Capítulo V de la Ley 14/1994). Precisamente, en lo que se refiere a los CPE, se señala que el mecanismo por el que actúan estos permite a las Empresas Estibadoras generar eficiencias derivadas de la mutualización de los riesgos e inversiones vinculados con, al menos, parte del personal necesario para la prestación de los servicios portuarios. De ahí que se concluya que la participación libre de las Empresas Estibadoras en el CPE implica la asunción de determinados compromisos imprescindibles y necesarios para asegurar la viabilidad de dicho mecanismo de

colaboración, sin los cuales no resultaría posible la generación de las eficiencias derivadas de la mutualización (vid. artículo 34.1 del Acuerdo)[27].

Partiendo de dicha contextualización de las medidas para la garantía y estabilidad en el empleo, se hace un resumen del amplio marco de medidas de flexibilidad internas y externas que se articulan en el Acuerdo (vid. artículo 34.1 del Acuerdo), algunas de las cuales ya han sido analizadas, como sucede con las medidas de fomento del empleo estable del artículo 13 del Acuerdo (*supra* 3.1) y con las medidas de flexibilidad interna del artículo 31 que amplían los márgenes empresariales legales de flexibilidad y que se relacionan con disminuciones de los niveles de empleo y ocupación (*supra* 3.5).

Y tras referirse a la garantía de ocupación efectiva, como medida de estabilidad en el empleo (vid. artículo 34.2 del Acuerdo), que ya se ha abordado en este estudio, al considerarlo como uno de los aspectos que principalmente condiciona el sistema de organización y distribución del trabajo (*supra* 3.1), se profundiza en otra serie de medidas de flexibilidad, tanto interna como externa, que vienen a constituir un desarrollo de los apartados 2 y 4 del artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2019 y de los apartados 4.c) y 5 del artículo 18 de la Ley 14/1994.

Todas las medidas se centran en la necesidad de proteger la estabilidad en el empleo en los CPE, al partir de la idea de que la libre decisión de cada Empresa Estibadora de participar, por cualquier modo, en un CPE afecta al dimensionamiento de la plantilla del CPE y, en consecuencia, sobre el mantenimiento y estabilidad del empleo, el nivel de ocupación y la garantía de retribución mínima del personal contratado (vid. artículo 34.3 del Acuerdo).

Así, si bien se prevé que la decisión mercantil de separación, total o parcial, del CPE produce consecuencias laborales respecto al personal mutualizado que deberán ser objeto de negociación específica en cada CPE, se establece que, con carácter general, se deberá elaborar un Plan Social en el CPE afectado con la finalidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación y acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, conforme a lo previsto en el artículo 51.2 del TRLET y en cumplimiento del Convenio OIT núm. 137. De ahí que se establezca que las medidas convencionales se aplicarán de manera diversificada, en función de la diversidad de situaciones empresariales y laborales y de

[27] Precisamente, son esas eficiencias las que deben considerarse a la luz del artículo 101.3 del TFUE para evitar que las medidas convencionales para la garantía y la estabilidad en el empleo que se regulan en este Capítulo sean contrarias a la libre competencia (CANEDO ARRILLAGA, M.P. «El régimen jurídico de la estiba en España: una visión desde la perspectiva de competencia». En *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2022, vol. 12, núm. 1, p. 465).

forma gradual, según los criterios generales de prioridad de la flexibilidad interna sobre la externa y la protección del empleo (vid. artículo 34.3 del Acuerdo).

Las medidas que específicamente contempla el Acuerdo son la recolocación convencional por continuidad de la actividad en casos de disolución parcial o total del CPE (vid. artículo 35 del Acuerdo) y la subrogación convencional por sucesión de empresas (vid. artículo 36 del Acuerdo).

Así, se producirá la recolocación convencional del personal de los CPE, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del propio Acuerdo, cuando concurran los siguientes supuestos:

> (a) Cuando los socios acuerden, por cualquier causa, voluntaria o forzosa, la disolución total o extinción del CPE, cesando en su actividad y los antiguos socios titulares del servicio portuario de manipulación de mercancías continúen desarrollando la actividad.
>
> (b) Cuando se acuerde la disolución parcial o separación de una Empresa Estibadora del CPE, y el socio separado continúe en la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación y para ello requiera contar con personal adicional al que tuviera contratado en su plantilla. Igualmente, se matiza que, a los efectos de la obligación de recolocación convencional, se asimila a la separación el hecho de que una Empresa Estibadora social del CPE, de forma continuada, realice una demanda de empleo de trabajadores portuarios del CPE sustancialmente inferior a la que venía realizando que afecte negativamente al nivel de ocupación del personal del CPE, debido a que continúa la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación mediante el empleo directo de otro personal o como usuaria de otro CPE u otro medio previsto en Derecho.

Por su parte, en relación con la subrogación convencional por sucesión de empresas, se considera que existe sucesión de empresas a los efectos previstos en el artículo 44 del TRLET y en el Acuerdo mismo, cuando por cualquier modo válido en Derecho se transmite toda o parte de la actividad realizada por un titular del servicio portuario de manipulación de mercancías integrado en un CPE a otro que opera en el mismo puerto y que realizará la actividad sin solicitar al mismo CPE la puesta a disposición de personal con el nivel de ocupación garantizado. Se aclara, además, que, a tales efectos, se debe entender como transmisión de la actividad económica la cesión por cualquier modo de la empresa, terminales portuarias, transmisión de cartera de clientes o de operaciones específicas o cualquier otro modo de suceder a una Empresa Estibadora en la realización de los servicios portuarios realizados por la misma. También se aclara que la

subrogación se producirá a través de los procedimientos de incorporación a la empresa subrogada y con las condiciones de trabajo previstas en la recolocación (vid. artículo 37 del Acuerdo).

En relación con las dos medidas que se acaban de analizar, se establece para con las Empresas Estibadoras salientes que continúen o reciban la actividad la obligación de ofertar al personal del CPE afectado la continuidad en el empleo mediante la contratación directa e integración en su plantilla con los derechos y condiciones que se indican en el artículo 37.2 del Acuerdo (vid. artículo 37.1 del Acuerdo). En el propio Acuerdo se establece la forma en la que se debe determinar el personal del CPE afectado.

Pero como puede suceder que como consecuencia de la concurrencia de causas ETOP la empresa saliente extinga los contratos de trabajo o reduzca los niveles de empleo y ocupación del personal del CPE, se establece la obligación de la empresa saliente de efectuar una aportación al CPE por importe equivalente a la indemnización que procediera en caso de despido colectivo por cada persona afectada no subrogada o recolocada (vid. artículo 37.1 del Acuerdo).

3.7. Contenido del Capítulo IX del Acuerdo

El Capítulo IX del Acuerdo viene a desarrollar el artículo 3.3 del Real Decreto-ley 9/2019, al contemplar la regulación del tiempo de trabajo, como medida complementaria para la mejora de la competitividad de los puertos.

Concretamente, se contienen aspectos relativos a la jornada máxima anual, distribución irregular de la jornada y calendario laboral (vid. artículo 38 del Acuerdo), a la jornada mínima mensual obligatoria, que se caracteriza por ser cumplimentada por la obligación de disponibilidad para la realización del número de turnos de trabajo que se especifican (vid. artículo 39 del Acuerdo), a la ordenación de la jornada anual y días inhábiles (vid. artículo 40 del Acuerdo), a las horas extraordinarias y remate de buques (vid. artículo 41 del Acuerdo), al cómputo de la disponibilidad del personal de los CPE a los efectos del artículo 39 del Acuerdo (vid. artículo 42 del Acuerdo), a los descansos y festivos (vid. artículo 43 del Acuerdo), a los turnos de trabajo y jornadas especiales (vid. artículo 44 del Acuerdo), al inicio y finalización del turno de trabajo (vid. artículo 45 del Acuerdo) y a las vacaciones anuales (vid. artículo 46).

En la regulación de todos estos aspectos se alternan constantemente los contenidos de norma mínima fijados por el Acuerdo, con los contenidos a regular o concretar por los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, y se respeta, en su caso, lo que pudiera establecerse en los convenios colectivos de empresa, dado su carácter prioritario.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria se adecua al nuevo marco normativo y, además de cumplir, con los requisitos establecidos por el mismo, desarrolla todos los aspectos que dicho marco deja en manos de la negociación colectiva.

Todo ello se hace a través de un Acuerdo general de carácter mixto que incorpora cláusulas que responden a las características de los acuerdos marco del artículo 83.2 del TRLET, es decir, de estructura de la negociación colectiva y de resolución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, y cláusulas que tienen aplicación directa, como sucede con los acuerdos de materias concretas del artículo 83.3 del TRLET.

En ese sentido, haber optado por que el Acuerdo constituya norma mínima y posibilitar, por remisión, que los convenios o acuerdos de ámbito inferior regulen determinadas materias, aunque sea en los términos, con el alcance y con respecto a los límites fijados en el Acuerdo, resulta coherente, por una parte, con el objetivo de garantizar, en los aspectos elementales, la uniformidad en el cumplimiento del nuevo marco normativo de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, y, por otra parte, con la tradición existente, según la cual los estibadores de cada puerto de interés general cuentan con su propio convenio colectivo.

De este modo, los aspectos elementales a través de los cuales el Acuerdo garantiza la uniformidad en el cumplimiento del nuevo marco normativo parten del respeto a la libre competencia, pues las Empresas Estibadoras son libres para contratar directamente a los estibadores o de acudir para la obtención de estibadores a otros medios admitidos por la legislación vigente, que no son otros que los CPE y las ETT. Una libertad de competencia que se sustenta en la existencia de distintos modelos de prestación de servicios de estiba y que se conecta directamente con la libertad de establecimiento de las empresas que operan conforme a dichos modelos.

Así, dentro del respeto a la libre competencia, el Acuerdo se convierte en pieza clave para el cumplimiento del Convenio OIT núm. 137.

En todo caso, el Acuerdo incide en la importancia que el nuevo marco normativo otorga a los CPE para garantizar la continuidad, regularidad y calidad del servido de manipulación de las mercancías.

Ciertamente, no puede pasar desapercibido que los actuales CPE son herederas de las antiguas SAGEP, aunque ahora los CPE se hayan constituido siguiendo los criterios fijados en la STJUE de 11 de diciembre de 2014, y se definan por el legislador, como

empresas de propiedad conjunta de base mutualista, constituidas voluntariamente y con respeto de la competencia efectiva entre las empresas.

Con otras palabras, si el propio legislador otorga un protagonismo especial a los CPE, es lógico que el Acuerdo así lo haga, desarrollando aquellos aspectos que el propio legislador encomienda a la negociación colectiva, y que deben ser uniformes, en lo esencial, en todo ámbito de negociación.

Surge así la necesidad de articular adecuadamente la organización y dirección de la actividad productiva que se otorga, en todo caso, a las Empresas Estibadoras, con la finalidad de hacer posible tanto la libre competencia como la estabilidad y calidad del empleo de los estibadores portuarios.

Precisamente, en lo que se refiere a las reglas relativas a la estabilidad y calidad en el empleo, el Acuerdo hace girar toda su regulación en torno al derecho de las personas trabajadoras a la ocupación efectiva, tanto pertenezcan estas a las Empresas Estibadoras como a los CPE.

La importancia que se da a la ocupación efectiva, regulada además a partir de ciertos indicadores para garantizar la calidad en el empleo, es tal que las principales medidas contempladas en el Acuerdo para lograr una mayor flexibilidad se destinan en exclusiva a las Empresas Estibadoras que oferten ocupación efectiva.

Todo ello incide en las relaciones entre los CPE y las Empresas Estibadoras socias de los mismos. En efecto, sin perjuicio de que los CPE puedan poner sus trabajadores a disposición de Empresas Estibadoras no socias, la naturaleza mutualista de los CPE hace que el nuevo marco normativo establezca ciertas obligaciones para con las Empresas Estibadoras socias, en materia de estabilidad en el empleo y, vinculando con ello, en materia de formación profesional.

De ahí que el Acuerdo desarrolle dichas obligaciones también desde el punto de vista del derecho de la ocupación efectiva que deben proporcionar las Empresas Estibadoras al personal de los CPE de los que sean socias. En definitiva, esta es la vía a través de la que puede cumplirse con el Convenio OIT núm. 137 también para con el personal de los CPE.

Al respecto cobran especial importancia en el Acuerdo las medidas consistentes en la prioridad que tiene el personal de los CPE cuando las Empresas Estibadoras decidan realizar nuevas contrataciones, en la obligación de las Empresas Estibadoras de dar ocupación efectiva al personal de los CPE en la realización de las actividades no asignadas al personal propio, en la consideración por las Empresas Estibadoras del personal de los CPE en los procesos de promoción profesional, en las sinergias que deben existir entre las Empresas Estibadoras y los CPE de las que sean socias en materia de movilidad funcional dentro del grupo profesional y de nombramiento de

personal para la realización de funciones de otros grupos profesionales, y en las medidas de flexibilidad interna y externa en el ámbito de los CPE, con especial importancia en la recolocación convencional por continuidad de la actividad de las Empresas Estibadoras ex socias en casos de disolución parcial o total del CPE y en la subrogación convencional por sucesión de empresas.

COMENTARIOS DE LEGISLACIÓN

SOBRE LOS DERECHOS QUE MEJORAN LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR FAMILIAR. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO-LEY 16/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE

Por

ROSA QUESADA SEGURA
Catedrática (j) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

rquesada@uma.es

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: Análisis de los nuevos derechos que el RD-Ley 1620/2022 reconoce a las trabajadoras del hogar, sin gravar, de forma excesiva, ni el carácter fiduciario de esta relación especial de trabajo ni la economía de la unidad familiar.

PALABRAS CLAVES: trabajo del hogar familiar; relación especial de trabajo; Sentencia TJUE; desistimiento; desempleo; Fondo de garantía salarial, contrato formal.

SUMARIO: I. A vuela pluma.- II. El derecho a la prestación por desempleo de las trabajadoras del hogar familiar: El largo camino a su reconocimiento.- III. Fundamentos del cambio normativo.- IV. Los cambios normativos necesarios.- V. Los nuevos derechos de la trabajadora del hogar familiar.- VI La configuración del derecho al desempleo de los trabajadores del hogar familiar.- VII Brevemente, sobre el subsidio asistencial por desempleo.

ON THE RIGHTS THAT IMPROVE THE WORKING CONDITIONS AND SOCIAL SECURITY OF FAMILY DOMESTIC WORKERS. ANALYSIS OF THE ROYAL DECREE-LAW 16/2022, OF SEPTEMBER 6

ABSTRAC: Analysis of the new rights that RD-Law 1620/2022 recognizes for domestic workers, without excessively burdening either the fiduciary nature of this special work relationship or the economy of the family unit.

KEYWORDS: domestic work; special work relationship; TJUE sentence; withdrawal; unemployment; wage guarantee fund; formal contract.

SUMMARY: I. At a glance.- II. The right to unemployment benefits for domestic workers: The long road to its recognition.- III. Basis for regulatory change.- IV. The necessary regulatory changes.- V. The new rights of the family domestic worker.- VI The configuration of the right to unemployment for house workers.- VII Briefly, on the unemployment assistance subsidy.

I. A VUELA PLUMA

Centrándome en el objetivo principal de la norma, con independencia de los otros temas que aborda por la oportunidad de su urgencia, la primera impresión, tras leer el RD-Ley 16/2022 de 6 de septiembre , es que hace suyas las palabras de Giuseppe di Lampedusa adaptadas a nuestros días: “hay que cambiar algo para que todo siga igual”[1].

Lo que, evidentemente, no es así, pues sí cambian, y de forma importante, los derechos de las trabajadoras del hogar familiar -me permito escribir en femenino en lugar del término, quizá más neutro, de “trabajador” por el hecho claro, y muy avalado por los datos de la TGSS, del porcentaje abrumadoramente mayoritario de mujeres con respecto a los varones en este sector-, tanto por lo que respecta al régimen laboral que le es propio, al desaparecer, como forma de extinción del contrato de trabajo doméstico, el desistimiento del titular del hogar familiar, como por lo que se refiere al sistema de garantías y protección social, al reconocérseles los derechos al Fondo de Garantía Salarial y al desempleo.

Además del establecimiento de una serie de medidas dirigidas a la dignificación de esta actividad laboral -contrato formal, garantía de prevención especifica de la seguridad y salud en el trabajo, programas de formación y acreditación-.

Lo que no es óbice para que, al mismo tiempo, se salvaguarden los derechos ligados al ámbito personal y familiar donde el trabajo se realiza, se tenga en cuenta la ausencia de lucro con el trabajo ajeno, y el interés de otros factores ligados a políticas de empleo.

En consecuencia, se compensa o minimiza el impacto que los nuevos cambios pueden producir en la unidad familiar o de convivencia. Así:

Si se suprime la extinción sin causa por la mera voluntad del empleador, se establece, a la vez, una nueva causa de extinción en esta relación especial de trabajo, que puede considerarse como un nuevo “despido por causas objetivas”, incluyendo en el mismo las causas concretas que el legislador estima comprensivas de las que pudieran motivar el desistimiento del empleador, y entre ellas, la principal: la falta de confianza. Nueva forma de extinción de la relación especial a la que, no obstante, se mantiene el mismo régimen formal e indemnizatorio del ya extinto “desistimiento”.

Y si aumentan los gastos familiares por la cuantía de la cotización de las nuevas contingencias, lo que puede resultar también disuasorio de nuevas contrataciones con los efectos que ello puede producir en el empleo, se mantienen, no obstante, las

[1] Giuseppe Tomasi di Lampedusa: "Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi" en su novela “Il Gattopardo”.

bonificaciones ya existentes y se establecen otras nuevas, lo que supone un gran respiro respecto de las obligaciones pecuniarias del empleador.

Y no es que ello merezca una crítica negativa. Al contrario. El legislador ha sido hábil y paciente en procurar satisfacer, por una parte, la justa e histórica reivindicación de los colectivos de trabajadoras del hogar familiar, con el acicate imprescindible del obligado cumplimiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022, (Asunto 389/20)[2] y él no menos importante acicate de la necesaria incorporación al ordenamiento español de lo establecido en el Convenio nº 189 OIT, sobre condiciones relativas al trabajo decente para los trabajadores domésticos (2011), cuya ratificación era un compromiso adquirido por el Gobierno de España y todavía incumplido[3].

Y, por otra, como ya se ha dicho, ha sido hábil en tratar de minimizar el impacto que ello puede suponer para la economía de la unidad familiar, trasladando parte importante de los gastos sociales a la aportación pública. El Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social cumplen, pues, también un papel importante en este nuevo organigrama, asumiendo obligaciones de gestión y vigilancia; la creación de nuevos programas de formación, y la asunción de compromisos de perspectiva de género.

Y por último, resaltar como el reconocimiento de estos nuevos derechos, como piezas de un mecano, ha ido generando un conjunto de cambios normativos que afectan a diferentes Leyes y Reglamentos como la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, el RD 1620/2011 de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial y el RD 84/1996, de 24 de enero que establece el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de personas trabajadoras en la Seguridad Social. Lo que no termina aquí, pues, como se verá, existen en el articulado del RD-Ley 16/2022

[2] Como se dice en el Preámbulo del RD-Ley 1620/2022, "…el derecho a la no discriminación por razón de sexo, salvo que venga justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier fin discriminatorio es una obligación derivada del cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea".

[3] Ya el 8 de mayo de 2013 la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados aprobaba por unanimidad una proposición no de ley consensuada por todos los grupos de la Cámara, que instaba al Gobierno a someter a evaluación la ratificación del Convenio 189 OIT y a proceder a la adaptación de la legislación española en el sentido en indicado en el mismo y en la Recomendación nº 201 OIT.

numerosas remisiones a normas de desarrollo que irán completando esta nueva realidad.

Con estas salvedades previas inicio el estudio, necesariamente incompleto como se acaba de decir, de los nuevos derechos de las trabajadoras del hogar familiar y de las nuevas obligaciones que se crean, en el entendimiento de que, para analizar la situación actual puede resultar útil recordar, tanto las vicisitudes históricas de las normas laborales y de protección social de este trabajo singular, como los derechos fundamentales invocados sobre los que los nuevos cambios legislativos se asientan.

II. EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR FAMILIAR: EL LARGO CAMINO A SU RECONOCIMIENTO

La regulación laboral y de Seguridad Social de las empleadas del hogar ha sido objeto de sucesivos cambios normativos con la finalidad de mejorar su protección, pero sin olvidar mantener un régimen propio y con peculiaridades basado en el ámbito en el que se desarrolla, que hasta el presente impiden su integración efectiva -y definitiva- tanto en el Estatuto de los Trabajadores (ET), como en la Ley General de Seguridad Social (LGSS).

El RD 1424/1985, de 1 de agosto[4] supuso la inclusión del contrato del servicio del hogar familiar en el ordenamiento laboral, tras su consideración como Relación Laboral de carácter especial por la Ley de Relaciones Laborales de 1976 primero, y por el Estatuto de los Trabajadores de 1980, más tarde. Inclusión que, pese al establecimiento de una serie de particularidades normativas, no siempre justificables por la naturaleza especial de la relación, tuvo un efecto de gran importancia por dos medidas complementarias: el establecimiento de normas de derecho necesario con la finalidad de garantizar unas condiciones mínimas de trabajo, y la atribución de competencias a la jurisdicción social en este ámbito.

Terminaba así una situación de vacío normativo -salvo por los escasos y obsoletos preceptos del arrendamiento de servicios del Código Civil-, y de desigualdad de trato inaceptable desde parámetros constitucionales. A la par que se dignificaba una profesión que por su marginación del ordenamiento laboral, por sus connotaciones serviles, por la escasa especialización requerida, por su falta de productividad económica y por ser

[4] Un Real Decreto apenas comentado por la doctrina. Solo tres artículos se dedicaron al mismo: DE LA VILLA, L.E.: "La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar", en "Las relaciones especiales de trabajo" D.L., número monográfico , 1986, pp. 187 a 221; SALA FRANCO, T. : "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico", R:L., tomo I, 1986, pp. 284 a 315; RAMIREZ MARTINEZ, J.M.: "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar", en "Comentarios a las Leyes Laborales. el Estatuto de los Trabajadores, EDERSA, 1987, pp. 41 a 76.

tradicionalmente ejercida de forma casi exclusiva por mujeres, se venía considerando como una actividad de nula relevancia, objeto de actitudes que oscilaban entre el paternalismo de las posiciones cristianas a la explotación típica y consecuente de las situaciones a que da lugar el trabajo sumergido.

En cuanto al régimen de Seguridad Social, el Decreto 2364/1969, -norma preconstitucional y anterior a la consideración del servicio doméstico como relación de trabajo- establecía mecanismos de protección similares a los previstos para el trabajador autónomo -no existía distinción entre riesgos comunes o profesionales, la cotización era a cargo de la empleada del hogar en el caso de incapacidad laboral transitoria, o en el supuesto del trabajo por horas, no existía la prestación por desempleo-.

Esta norma fue posteriormente parcialmente reformada por la Ley 26/1985, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, cuyos principios básicos fundamentaron el nuevo concepto de una Seguridad Social moderna -unidad de gestión, solidaridad colectiva e igualdad de trato- lo que ya anunciaba el interés por la asunción total de todo Régimen Especial al Régimen General.

No obstante, se mantuvieron una serie de peculiaridades como la exclusión de las prestaciones que se consideran ligadas a los riesgos profesionales. Por ello se excluían prestaciones tan importantes como la de desempleo, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, otorgándose únicamente prestaciones por accidente o enfermedad común.

La justificación de esta importante singularidad de trato que producía tan notoria desprotección residía en el hecho de que la cuantía de la cuota era indivisible, por lo que no se cotizaba específicamente por tales riesgos y, por tanto, quedaban excluidos de la protección, como igualmente quedaban excluidos -y por igual causa- de la protección que, frente al salario o a las indemnizaciones, otorga el Fondo de Garantía Salarial. Este trato desigual y peyorativo conducía a situaciones realmente incompatibles con la idea de un Sistema público de Seguridad Social integrado, universal y unitario[5].

El cambio fundamental en el Sistema se produce a través de la Disposición Adicional 39ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que acaba con los Regímenes especiales Agrario y del Hogar Familiar, considerando ambos como Sistemas Especiales del Régimen General

[5] QUESADA SEGURA, R., El contrato de servicio doméstico, La Ley, Madrid, 1991, pp. 237 y ss. En donde se analizan las peculiaridades del Régimen Especial de la Seguridad Social de estos trabajadores realmente cuestionable en relación con el principio de igualdad y la interdicción de discriminación del art. 14 CE, y en donde se concluye: ¿Qué justificación cabe, salvo la existencia de menor presión contributiva -lo cual no puede ser una razón admisible en nuestros días- para excluir a los trabajadores del hogar familiar del sistema de protección por desempleo?

de Seguridad Social con efectos de 1 de enero de 2012. Lo que supuso, respecto a la acción protectora, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, aun con una serie de peculiaridades[6], así como el mantenimiento de la exclusión del derecho a la prestación por desempleo.

A su vez, la propia Ley 27/2011 habilitó al Gobierno para modificar, de acuerdo con la nueva situación, la regulación de la relación laboral de este colectivo, lo que se hizo a través del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, quedando expresamente derogado el histórico RD 1424/1985.

Nueva regulación que supuso igualmente un régimen laboral de los empleados del hogar familiar más próximo al del trabajador común -se reconocen los mismos derechos y deberes establecidos en los arts. 4 y 5 ET, el mismo porcentaje máximo del 30% en las prestaciones en especie, y las mismas reglas sobre descansos, vacaciones y permisos-. Por otra parte, se introduce una mayor estabilidad en el empleo, a través de la supresión del contrato temporal anual no causal y la remisión a las reglas del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación temporal; se mejora y clarifica la regulación de los tiempos de presencia y el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo, si bien se mantiene el desistimiento del empleador, aunque se le dota de mayores garantías y se incrementa la indemnización correspondiente.

Cambios normativos que se producen de forma coincidente con la aprobación del Convenio 189 OIT sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 2011[7] -, en donde, si bien se admite la posibilidad de que exista un régimen propio de Seguridad Social para los trabajadores domésticos, no por ello permite el trato discriminatorio al establecer que las “condiciones (que se establezcan) no (deberán ser) menos favorables” que las condiciones aplicables a los trabajadores en general, por lo que cabe deducir que, si bien es posible el establecimiento de un régimen propio de Seguridad Social para los trabajadores de esta actividad profesional, también que tal régimen de protección especifica no puede tener un tratamiento *in peius* respecto al régimen común.

[6] Son estas: el subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuatro al octavo; el pago de este subsidio se efectuará directamente por la entidad gestora, no procediendo el pago delegado del mismo; respecto a las contingencias profesionales no será de aplicación el régimen de responsabilidades regulado en el art. 167 LGSS.

[7] La adopción por la Conferencia General del Convenio nº 189, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 2011, el 16 de junio en Ginebra, en el seno de la 100ª reunión OIT, junto con la Recomendación 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos que lo complementa, se puede calificar, sin margen de duda, como un hecho histórico, como una conquista social, como la consecuencia de una potente reivindicación sindical y de organizaciones no gubernamentales, principalmente de América central y del sur.

Lo que se exige, por tanto, en la norma internacional, es que exista coherencia, entre la normativa laboral y la de Seguridad Social, a partir de la garantía de derechos mínimos e igualdad de trato. En consecuencia, no podrán admitirse aquellas reglas en las legislaciones nacionales que pugnen con la consideración de trabajador por cuenta ajena del trabajador del hogar, o aquellas que directamente contradigan los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación sin justificación suficiente en su propia naturaleza[8].

La idea, pues, de la necesidad del cambio normativo estaba ya fijada y fue, finalmente, la Disposición Adicional 2ª del RD 1.620/2011, la que abrió la vía al reconocimiento del derecho al desempleo en el Sistema Especial del Servicio del Hogar Familiar si bien dejaba la decisión a lo que Gobierno estimase más conveniente, previo informe de evaluación del grupo de expertos y consulta y negociación con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Decisión para la que se fijaba el plazo de adopción a 31 de diciembre de 2013[9]. Plazo que se fue prorrogando en sucesivas LPGE, por lo que se estimaba que difícilmente culminaría en una norma concreta.

III. FUNDAMENTOS DEL CAMBIO NORMATIVO

Sin embargo, existían fundamentos constitucionales suficientes para llegar finalmente a su reconocimiento.

[8] En síntesis, lo que sobre esta materia dice el Convenio nº 189 OIT: Dependiendo del índice de cobertura de riesgos sociales previsto en las legislaciones nacionales -sin tener en cuenta las posibles excepciones legales-, la acción protectora de la Seguridad Social en este ámbito, abarcará un conjunto mayor o más reducido de prestaciones. Así desde las derivadas de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidente, invalidez, vejez, muerte y supervivencia y protección a la familia -y por tanto deberá garantizarse la asistencia sanitaria, la incapacidad, la jubilación, la protección familiar y la maternidad, así como la protección de asistencia social y servicios sociales-, a las prestaciones ligadas a los riesgos profesionales -como el desempleo, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional-. La mención expresa a la maternidad garantiza para la trabajadora doméstica al menos la protección social ante esta situación. Los demás derechos relacionados con todas las circunstancias unidas a la protección de la maternidad/paternidad/riesgo por embarazo/riesgo por lactancia, dependerá de la Seguridad Social nacional y de la amplitud de su sistema de cobertura.

[9] "El Ministerio de Trabajo e Inmigración procederá, con anterioridad al 31 de diciembre de 2012, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, a realizar una evaluación del impacto en el empleo y en las condiciones de trabajo de las personas al servicio del hogar a fin de determinar la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera".

- Desde el principio de Igualdad constitucional

Entender el art. 41 CE a la luz del Principio de Igualdad que consagra el art. 14 CE, obligaría a considerar la protección por desempleo como un derecho directa e incondicional para todos los trabajadores por cuenta ajena, con independencia del Régimen de Seguridad Social en el que se encuentren inscritos.

Sin embargo, el considerar la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen publico de Seguridad Social, no como un derecho recogido en el Capítulo II CE sino dentro de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III CE, convierte, en la práctica, los derechos allí enumerados, en una construcción del derecho positivo. Así lo entendió el Tribunal Constitucional al reconocer que el derecho de la Seguridad Social "…es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel" -STC 65/1987-; sin que pueda ser suficiente por sí mismo para basar las alegaciones ante los Tribunales de Justicia: "las normas que contienen derechos sociales o de prestación…únicamente cobrarán peso específico autónomo en la medida en que su contenido se lleve a la práctica en aplicación o desarrollo del postulado de Estado social…" -STC 215/1994-.

Llegando a afirmarse que el tratamiento diferenciado de una misma situación de necesidad derivada de una determinada contingencia no basta para estimar vulneración del principio de igualdad : "El mero hecho de que colectivos diferentes sean tratados de forma diferente no supone vulneración del principio de Igualdad ya que, la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social pero, cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico" -SSTC 103/1984 , 27/1988, 77/1995-.

No obstante, como puso de manifiesto Vida Soria, los "principios rectores" son "algo más que meras formulas programáticas", son principios claramente configurados que vinculan al legislador en la regulación legal o reglamentaria posterior, aunque no puedan ser directamente invocados por los ciudadanos ante los Tribunales más que a través de las normas legales que los contemplan.

En este caso, la garantía constitucional se extiende al desarrollo de la ley que regule tales derechos o que ponga en marcha los postulados de política social, por lo que la norma legal se ve compelida en su desarrollo, al menos en sentido negativo, al no poder contradecir el principio constitucional o -por omisión- al no atender al mandato de los poderes públicos -SSTC 24/1982, 103/1983, 74/1987, 116/1987, 45/1989-.

O, dicho de otro modo, y con fundamento en el art. 41 CE, el Estado se compromete en la realización de los fines de la Seguridad Social, y por tanto, "no sólo es responsable de la organización de un régimen público de Seguridad Social, sino responsable de una protección concreta que se satisface a través de un régimen público de la Seguridad Social"[10]. Es decir, existe una autentica "garantía institucional", como factor de protección de una determinada institución social -en sus caracteres básicos, tal y como son entendidos y reconocidos por la conciencia social-, frente a las decisiones modificadoras del poder legislativo[11]. Por lo tanto, el deber que recae sobre los poderes públicos se corresponde -o se debería corresponder- con un derecho del ciudadano que va más allá del desarrollo de una norma de carácter programático.

Como afirmó De la Villa: "No nos hallamos ante compulsiones del Estado para su progresiva realización, sino ante verdaderos derechos constitucionalmente proclamados que, necesariamente - "La Ley regulará", "La Ley establecerá" …- habrán de ser objeto de regulación ordinaria"[12]

Por lo demás, un Derecho social consagrado en la Constitución o en un texto internacional fundamental ratificado, sin garantías legales de satisfacción, no autoriza a hablar de inexistencia sino más bien de incumplimiento por el poder público obligado a su garantía efectiva, porque el derecho se debe acompañar de una actividad de especificación y, asimismo de la distribución de la provisión de los recursos correspondientes[13].

---

[10] VIDA SORIA, J.: "Artículo 41 CE. La Seguridad Social" en Comentarios a la Constitución (dirigido por O. Alzaga Villamil), EDERSA, Madrid, 1984, p. 101: "Esta será, por tanto -continúa el autor- "directa función del Estado en cuanto que es su responsabilidad. La tímida y supuesta privatización de la Seguridad Social quedaría así en cierto modo conjurada por el Texto constitucional, en cuanto que, en síntesis, toda acción de Seguridad Social es tarea del Estado. De donde se deduciría una interpretación correctora de la última frase del artículo 41: "sólo" la actividad complementaria (voluntaria, privada, es decir "no Seguridad Social" será libre. Todo lo que sea, por el contrario, "Seguridad Social" es necesariamente, por cuanto será necesariamente función del Estado".

[11] En este sentido ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales", Revista de Seguridad Social, núm. 15, 1982, pp. 77 y ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO, M.-GONZALEZ ORTEGA, S., "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma", en II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Instituto de Estudios Laborales, Madrid, 1985, pp. 271 y ss.; APARICIO TOVAR, J., La Seguridad Social y la protección de la salud", Civitas, Madrid, 1989, pp. 66 y ss.

[12] DE LA VILLA GIL, L.E., GARCIA BECEDAS, G., GARCIA -PERROTE ESCARTIN: Instituciones de Derecho del Trabajo", Centro de estudios Ramon Areces, 1991, p. 70.

[13] MONEREO PEREZ, J.L., "Notas preliminares", en AA.VV., (Coords., Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, Mª.N.), Comentarios a la Ley General de Seguridad Social, op. cit., pp. 3 y ss. Afirmando a continuación y respecto al Sistema de Seguridad social que "el derecho a la prestación pública sería incluso un derecho en el sentido de Dworkin: el derecho (a la pensión) incorporaría una pretensión que cada ciudadano puede hacer valer a título individual, poniendo límites a la estrategia que el Estado puede seguir para realizar un objetivo político general".

A partir de aquí puede interpretarse el mandato constitucional del art. 41 CE en relación con la prestación por desempleo cuando señala "que los poderes públicos mantendrán un régimen público… para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad".

En consecuencia: todo lo que sea Seguridad Social es necesariamente público, por cuanto que será necesariamente función del Estado. Lo que garantiza el carácter obligatorio del sistema -para todos los sujetos comprendidos en el nivel contributivo- y el establecimiento de un mecanismo básico de tutela -para todos los sujetos comprendidos en el nivel asistencial-, así como el tratamiento bajo los principios de igualdad formal -no se puede tratar de forma desigual sin justificación razonable- y de igualdad sustancial- es posible el trato preferente de colectivos tradicionalmente peor tratados con fundamento en la igualdad de oportunidades.

La necesidad surge porque el ciudadano carece de empleo y por tanto de la forma de ganarse su sustento y el de su familia. Por ello el empleo y la protección por desempleo, como dos objetivos de protección de los poderes públicos, van ligados entre sí y mutuamente se influyen.

Todo lo cual justificaría el reconocimiento del derecho al desempleo de las trabajadoras del hogar familiar. Pero no ha sido éste el fundamento invocado, sino que, por el contrario, la histórica reivindicación se ha conseguido por la consideración de que la norma de exclusión suponía una discriminación indirecta por razón de sexo y, por tanto, debía ser derogada y el derecho reconocido a través de una norma legal.

- Como discriminación indirecta por razón de sexo

Precisamente, motivada por una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo, en el contexto de una solicitud de cotizar por la protección frente al desempleo, realizada por una empleada del hogar con el visto bueno de su empleadora y que había sido negada por la Tesorería General de la Seguridad Social española, la STJUE de 24 de febrero de 2022 (Asunto C-389/20) da un nuevo varapalo al legislador español al considerar que la disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas a los empleados del hogar familiar, es contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social, en la medida que dicha disposición sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto al conjunto de los trabajadores del sistema y no está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Desde las primeras Sentencias del TJUE, en el contexto de la Directiva 79/7/CE, la noción de discriminación indirecta -más tarde recogida en la STC 145/1991, de 1 de julio y definida en la Ley Orgánica 3/2004 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres de 2004-, y, de igual forma en el contexto de la Directiva 2006/54, se configura en torno a tres elementos diferentes pero necesarios para su determinación: el carácter colectivo del sujeto sobre el que recae el tratamiento perjudicial en base, precisamente a su pertenencia a un grupo determinado; el efecto desproporcionalmente diferenciado que el criterio, practica o medida aparentemente neutros tiene sobre los miembros de ese grupo; y, por último, que el criterio utilizado. que da lugar a los efectos desiguales, no esté objetivamente justificado.

Por ello, la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo descarta la pregunta inicial y considera que la cuestión fundamental no es si existe derecho a cotizar, es decir, a cumplir un requisito objetivo vinculado a un derecho que se niega, sino que la cuestión real es, si la disposición normativa que niega el derecho al desempleo a un colectivo de trabajadores, por el hecho de realizar una actividad laboral concreta y definida, está justificada en razones objetivas y suficientes, que impidan la tacha discriminatoria.

Lo primero que se afirma es que, la disposición nacional controvertida en el litigio principal no supone una discriminación directamente basada en el sexo, ya que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

No obstante, considera el Tribunal europeo, invocando otras anteriores - STJUE de 22 de noviembre de 2012, Asunto Elbal Moreno, STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto Violeta Villar Láiz contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social) - que en este caso se está ante una discriminación indirecta en el contexto de la Directivas 79/7 y Directiva 2006/54, al tratarse de una disposición que, aun aparentemente neutra, sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, sin que tal disposición pueda justificarse objetivamente por perseguir una finalidad legitima y sin que los medios para alcanzar tal finalidad fuesen adecuados y necesarios.

De nuevo se acude al método estadístico para demostrar si realmente la norma afecta de manera desproporcionada a las trabajadoras, al ser éstas mayoritarias en el Sistema Especial en el que se encuadran. Y los datos aportados por la TGSS son inequívocos, además de fiables y estables: A 31 de mayo de 2021, el porcentaje de trabajadores por cuenta ajena sujetos al Régimen General era de 51,04% varones y de 48,96 % mujeres, mientras que, en la misma fecha, en el Sistema Especial de SS para empleados del Hogar Familiar, el porcentaje sobre el total de trabajadores era del 95,53% mujeres y el 4,47% hombres.

"Salvo que dicha disposición este justificada por factores objetivos ajenos a un móvil discriminatorio". Lo que sucedería si la misma respondiese a un objetivo legítimo de política social, fuese adecuada en función del mismo y necesaria para alcanzarlo.

En respuesta, la TGSS española argumentó una serie de factores objetivos, encuadrados en los fines generales de política social, como justificación del diferente trato: El mantenimiento de la tasa de empleo; el fomento de la contratación, la lucha contra el empleo ilegal y el fraude a la Seguridad Social. Argumentos que fueron rechazados por en la Sentencia al estimar que todos ellos constituían objetivos generales de la Unión por lo que no valía invocarlos para justificar la existencia de una discriminación indirecta.

Otro argumento invocado fue el aumento de costes y el riesgo de fraude, respecto lo que la STJUE contrarrestó estimando que otras personas que trabajan también en el ámbito del hogar familiar -como jardineros o choferes particulares- o en sectores con problemática análoga -tareas agrícolas o de limpieza- están protegidos frente a la contingencia por desempleo a pesar de que, en algunos casos, sus cotizaciones son inferiores a las aplicables a los empleados del hogar. Considerando, por lo demás, que el riesgo de fraude no puede invocarse como legítimo, al estar siempre presente en todo régimen de Seguridad Social con independencia del sector de que se trate.

La puesta en común de todos estos argumentos permitió afirmar al Tribunal europeo, en primer lugar: que los trabajadores y trabajadoras domésticos tienen derecho a gozar de los derechos fundamentales en el trabajo y de una protección social y laboral mínimas, sin que pueden tener un nivel de protección inferior ni un trato menos favorable que el resto de las personas trabajadoras; y, en segundo lugar que, puesto que la inmensa mayoría de los trabajadores domésticos son mujeres, las reglas que excluyen a este colectivo de determinadas medidas de protección social y laboral sin justificación objetiva y razonable, suponen un discriminación por razón de sexo contraria a la normativa comunitaria europea -y a nuestra propia Constitución, añado-.

Y, finalmente, subraya la STJUE, entrando de lleno en la última ratio de lo que allí se discutía: "la exclusión de la prestación por desempleo y de la obligación de cotizar por dicha contingencia implica, además, la imposibilidad de que las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar accedan a otras prestaciones de Seguridad Social a las que podrían tener derecho y cuya concesión se supedita a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, de manera que esta mayor desprotección se traduce asimismo en una situación de mayor vulnerabilidad y desamparo".

IV. LOS CAMBIOS NORMATIVOS NECESARIOS

El principal escollo que impedía la consideración del trabajo doméstico como una relación común de trabajo ha sido el hecho de desenvolverse en el ámbito privado familiar -por lo que se garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar- ; el tratarse de una relación fiduciaria -y por ello basada en algo tan etéreo y difícil de medir como la confianza entre las partes- ; y, el ser una relación, en donde el trabajo por cuenta ajena no produce utilidad económica en el empleador -y por ello, los costes sociales que generan derechos a prestaciones siempre han sido más reducidos o incluso inexistentes, como en el supuesto concreto del desempleo o la protección frente a la insolvencia del empresario que otorga el Fondo de Garantía Salarial-; y, finalmente, porque, desde sus comienzos, ha planeado sobre el régimen de protección de esta relación especial de trabajo, el fantasma del fraude encubierto a la Seguridad Social .

Para analizar la nueva situación que introduce el RD-Ley 1620/2022 deben tenerse en cuenta dos cuestiones esenciales e imposibles de disociar, a las que el legislador ha tenido que hacer frente:

Por una parte, la supresión del desistimiento como forma excepcional de extinción en esta relación especial, ya que solo el despido justifica la situación legal de desempleo.

A la vez que la introducción de reglas que evitasen alterar demasiado la idiosincrasia de esta relación especial basada en la confianza. Por ello, se establece una nueva figura de extinción que sustituye al libre desistimiento del empleador, procurando que las causas enumeradas comprendan los posibles supuestos de decisión ad nutum del empleador, a la vez que mantiene el mismo régimen formal e indemnizatorio del anterior desistimiento.

Por otra, la articulación de una serie de reglas que, aun imponiendo nuevas obligaciones al titular del hogar familiar, involucra a las instituciones públicas a fin de garantizar el derecho a las trabajadoras del hogar sin gravar, de forma excesiva, la economía de la unidad familiar.

- Las obligaciones de los sujetos de la relación especial del servicio del hogar familiar

a) *Obligación de afiliación, alta y cotización*

De acuerdo con el RD-Ley 16/2022, el titular del hogar es el único responsable de las obligaciones en materia de encuadramiento y cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social.

Termina de esta forma -a partir del día 1 de enero de 2023- una peculiaridad especifica de este Sistema Especial de SS -establecida por el RD-Ley 29/2012 de 28 de diciembre de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial de Empleados Hogar Familiar y otras medidas de protección social- por la que se permitía que, las trabajadoras del hogar que prestasen sus servicios durante menos de sesenta horas mensuales por empleador, solicitasen directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, siempre que así lo hubieran acordado con sus empleadores.

A estos efectos, las personas empleadoras deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, durante el mes de enero de 2023, los datos necesarios para el cálculo y el pago de las cuotas de la Seguridad Social, y en especial los datos bancarios precisos para el pago de las cotizaciones, así como la entidad gestora o en su caso colaboradora de la Seguridad Social por la que optan a efectos de la cobertura de las contingencias profesionales, siempre y cuando todos estos datos no se hubiesen comunicado con anterioridad.

b) *El elemento formal de la escritura en contrato de trabajo doméstico*

La regla general de que el contrato de trabajo podrá celebrarse por escrito o de palabra, se mantiene en esta relación especial, si bien todas las reglas ya existentes y las que ahora se introducen, modificando el art. 5 del RD 1620/2011, contribuyen a la formalización del mismo. De hecho, no solo se deberá realizar por escrito si quiere evitarse la consideración de su indefinición y parcialidad, sino también en modelo oficial que, el Ministerio de Trabajo y Economía Social, deberá poner a disposición de las personas empleadoras -Disposición Adicional 3ª, del RD-Ley 16/2022-.

Ya el RD 1620/2011 por el que se regula de nuevo la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, había introducido un cambio importante en la regla sobre el contrato de trabajo doméstico en relación al anterior y primer Real Decreto regulador. De la libertad de forma del contrato y la presunción de su carácter temporal por un año en caso de no establecerse periodo de duración alguno - es decir “del principio de no estabilidad”-, se pasa a la presunción iuris tantum del contrato a jornada completa y tiempo indefinido en defecto de pacto escrito, cuando la duración fuese superior a cuatro semanas.

Y, ahora, además de la remisión directa a las reglas contenidas en el art. 8 ET, -por lo que todo contrato que no sea indefinido y a tiempo completo deberá formalizarse por escrito- salvo el contrato por tiempo determinado, cuando sea inferior a cuatro semanas-, las modificaciones que se introducen en el art. 5 del RD 1620/2011 van dirigidas a fortalecer aún más, el requisito formal de la escritura en esta relación especial de trabajo.

Y es que, desaparece, en la regla especifica de la forma del contrato de servicio del hogar familiar, la referencia a los contratos de duración inferior a cuatro semanas, como excepción de la regla de escritura, por lo que, sea cual sea la duración que se establezca, si no se realiza por escrito, el contrato de servicio del hogar familiar se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa. Y así mismo, desaparece la regla por la que se establece la obligación del titular del hogar de informar a la trabajadora acerca de las condiciones de trabajo esenciales de su contrato, en el caso de los contratos de duración superior a cuatro semanas, por lo que tal obligación deberá cumplirse -de acuerdo a la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea- desde el mismo momento del inicio de la relación de trabajo.

Como elementos esenciales que deberán constar en el contrato de trabajo y sobre los que existe deber de información, están los que se refieren al salario y a las prestaciones salariales en especie, cuando se haya convenido su existencia; a la duración y distribución de los tiempos de presencia pactados junto al sistema de retribución o compensación de los mismos; al horario y jornada, a los tiempo de descanso, así como al régimen de pernocta de la trabajadora en el domicilio familiar, en su caso.

A mayor abundamiento, el art. sexto del RD-Ley 16/2022 establece la obligación de transparencia en los datos y condiciones del contrato, al modificar el apartado 2 del art. 43 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de personas trabajadoras en la Seguridad Social, por lo que, en la solicitudes de alta en el Sistema de Seguridad Social, deberán constar todos los datos esenciales que se deben recoger en el contrato de servicio del hogar familiar[14].

En resumen, de la ausencia de transparencia, de la indefinición de muchos de los elementos del contrato… en fin, de la absoluta libertad del empleador en el momento de la contratación, se ha pasado a las exigencias de un contrato formal de trabajo, con estipulaciones claras, cuyo incumplimiento se puede demandar ante los Tribunales del Orden Social.

La formalidad como sinónimo de una relación seria -y digna- de trabajo.

[14] De esta forma, además de los datos establecidos con carácter general, deberá constar el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización y los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo del mismo, consistente en el número de horas de trabajo mensuales y semanales, en el importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así como, en su caso, en el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por hora pactada.

c) *Cambios en la cotización*

Para hacer efectivo el derecho a la prestación por desempleo y a la cobertura por parte del Fondo de Garantía Salarial a las trabajadoras del hogar familiar antes del nuevo año, la Disposición Transitoria 2ª del RD-Ley 16/2022 establece la obligación de cotizar por ambas contingencias desde el 1 de octubre hasta el 31 de diciembre del presente año 2022, así como, al mismo tiempo, establece las reglas de cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial que deben aplicarse en este periodo transitorio:

Las bases de cotización para la contingencia de desempleo y para determinar las aportaciones al Fondo de Garantía Salarial en este sistema especial serán las correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, conforme a lo establecido en el art. 19.3 LGSS y su determinación, entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022, se ajustará a lo dispuesto por el art. 106, cuatro.1 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. Y durante el mismo periodo transitorio, los tipos de cotización serán, por desempleo, el 6,05, del que el 5% será a cargo del empleador y el 1,05% a cargo del empleado, mientras que el tipo de cotización al Fondo de Garantía Salarial será de 0,2 a cargo exclusivo del empleador.

En cuanto al régimen general de cotización aplicable en este Sistema Especial, se establece una modificación importante que viene a rebajar, salvo en el tramo inferior, las bases de cotización. A partir del 1 de enero de 2023 la tabla de las bases de cotización, que en el año 2022 tiene diez tramos, pasará a ocho al eliminarse los dos tramos con las cantidades mayores, a la vez, bajan las bases de cotización en el resto de tramos, a excepción del inferior, donde sube la base de cotización mínima, que es la que se aplica a las trabajadoras que cobren hasta 269 euros al mes, pasando de los 231 euros actuales a 250 euros el próximo año.

Una regla que penaliza los contratos con jornada de trabajo muy reducida e incentivadora de las jornadas de mayor duración. Y es que, un problema ya muy generalizado en este tipo de actividad, es la reducción del tiempo de trabajo contratado, lo que puede convertir las reglas sobre derechos de prestación, cuando vayan ligadas a procesos largos de cotización previa, como el desempleo o la jubilación, en claramente inoperantes o directamente inexistentes.

Así quedan para el año 2023, las retribuciones mensuales y las bases de cotización:

Tramo	Retribución mensual Euros/mes				Base de cotización Euros/mes
1.°	Hasta	269,00			250,00
2.°	Desde	269,01	Hasta	418,00	357,00
3.°	Desde	418,01	Hasta	568,00	493,00
4.°	Desde	568,01	Hasta	718,00	643,00
5.°	Desde	718,01	Hasta	869,00	794,00
6.°	Desde	869,01	Hasta	1.017,00	943,00
7.°	Desde	1.017,01	Hasta	1.166,669	1.166,70
8.°	Desde	1.166,67			Retribución mensual

En cuanto a los problemas de organización y gestión, que la liquidación de las cuotas actuales por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial, pueda generar a la TGSS -incorporación de los nuevas datos, programas y aplicaciones necesarias-, y para evitar que ello pueda recaer en el titular del hogar familiar, el RD-Ley 16/2022 prevé dos reglas:

Por una parte, que las mismas se realizarán sin recargo alguno y su ingreso se producirá mediante el sistema de domiciliación en cuenta, a que se refiere la Disposición Adicional RD-Ley 16/2022.

Y por otra que, si en la fecha de la situación legal de desempleo, las cotizaciones arriba indicadas aún se encontraran pendientes de liquidación por la TGSS, se considerarán efectivamente realizadas a los efectos previstos en el art. 165.2 LGSS, sin perjuicio de la comprobación posterior sobre su ingreso por la entidad gestora de la prestación por desempleo.

d) *Beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar*

Siguiendo la misma filosofía, de procurar una protección adecuada ante los riesgos sociales a las trabajadoras del hogar, pero sin que ello encarezca demasiado la carga económica que asume el empleador -y pueda dar lugar a otras consecuencias, siempre apuntadas, como el aumento del desempleo en esta actividad, por lo que también pueden ser consideradas, en sentido contrario, como incentivos a la contratación-, la Disposición Adicional 1ª.1, del RD-Ley 16/2022, además de mantener los beneficios de una reducción del 20% en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al Sistema Especial para Empleados de Hogar -financiada con aportaciones del Estado a los Presupuestos de la Seguridad

Social-, introduce la muy importante bonificación del 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial en ese Sistema Especial -que serán financiadas por el Servicio Público de Empleo Estatal y el Fondo de Garantía Salarial, cada uno en la parte que afecte a sus respectivas cotizaciones sociales-.

Y además introduce también un cambio importante en el sistema de bonificaciones previsto hasta el momento: Si bien desaparece el porcentaje en la bonificación por contingencias comunes para familias numerosas[15], que podía llegar hasta un 45%, ahora se fija igual porcentaje de bonificación por contingencias comunes -del 45% o del 30%, financiadas por el Servicio Público de Empleo Estatal-, pero no con carácter general, como ocurría en el supuesto de la bonificación por familia numerosa, sino en función del patrimonio o de la renta de la unidad familiar. Regla que deberá desarrollar una futura norma reglamentaria.

En cuanto a la gestión, corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal la determinación del derecho a las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, así como el control de los requisitos y condiciones establecidos para la aplicación de estas bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, mientras que, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la vigilancia de su cumplimiento. Y, en cuanto a estos procedimientos formales y organizativos en las que intervienen diferentes Administraciones, la norma remite a un futuro Reglamento.

Finalmente, la Disposición Adicional 1ª, RD-Ley 16/2022 establece reglas preventivas de posibles fraudes al Sistema. Así se prevé que las bonificaciones solo sean aplicables respecto de una única persona empleada de hogar en alta en Sistema Especial, en función de cada persona empleadora. Si hubiese más de una persona empleada de hogar por cada persona empleadora, la bonificación será aplicable únicamente respecto de aquella que figure en alta en primer lugar. Y, en segundo lugar, que tales bonificaciones serán incompatibles con la reducción en la cotización general establecida en el párrafo primero del apartado 1 de la Disposición Adicional 1ª, del 20% por contingencias comunes y del 80% en la cotización por desempleo y Fondo de Garantía Salarial.

No obstante, hubiera sido el momento de introducir otras vías para la reducción de los gastos sociales, como podría haber sido a través de desgravaciones fiscales en la

[15] La Disposición Derogatoria única b), del RD-Ley 16/2022, deroga el art. 9 de la Ley 40/2003 de 18 de noviembre, de protección de las familias numerosas, con efectos desde el 1 de abril de 2023.

Declaración de la Renta de las personas físicas, como ya se demandó en su momento[16], teniendo en cuenta la utilidad patrimonial que puede suponer la actividad doméstica en cuanto permite el trabajo por cuenta ajena de las personas que forman la unidad familiar, a lo que podían añadirse otros requisitos como la existencia de cargas familiares o el nivel de renta.

En cuanto a las trabajadoras del hogar familiar, también la Disposición Adicional 1ª les reconoce el derecho a deducciones en la cotización a la Seguridad Social si bien en casos muy excepcionales: tener un grado de discapacidad previsto en el art. 2.2 de la Ley 43/2006, o, siendo desempleada, haber suscrito contrato de interinidad para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, de acuerdo a lo establecido en el RD-Ley 11/1998, y en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

En resumen, como demuestra su ya amplio recorrido, las bonificaciones establecidas respecto a la cuota empresarial no son algo temporal y coyuntural, sino que forman parte del propio sistema protector. Prueba de ello es la propia Disposición Adicional 5ª cuando prevé que, a los dos años de entrada en vigor de este RD-Ley 16/2022, el Gobierno proceda a evaluarlas a fin de valorar su eficacia y la conveniencia de mantener los citados incentivos a la contratación.

V. LOS NUEVOS DERECHOS DE LA TRABAJADORA DEL HOGAR FAMILIAR

- Protección de la seguridad y salud

Hasta el momento presente, excluida esta relación especial del ámbito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -art. 3, apartado 4-, el reconocimiento del derecho a la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras del hogar familiar, traía su fundamento en el art. 7 del RD 1620/2011, que remitía a los derechos contenidos en el art. 5 ET: "derecho a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales", y establecía el deber del empleador de "cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico". Derechos y deberes para cuya efectividad la Ley 3/2015, ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social parecía extender la competencia en este ámbito de las funciones de Inspección en materia de prevención de riesgos laborales -art. 12- si bien, para poder ejercer tales

[16] GARCÍA NINET, J.I.: "Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados del hogar", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006.

funciones “en el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”.

Ahora pues, dando un paso más en la equiparación del trabajo prestado en el hogar familiar con el trabajo común, el RD-Ley 16/2022 deroga el apartado 4 del art. 3 LPRL que excluía, de su ámbito de aplicación, esta relación laboral especial. No obstante, el legislador, teniendo en cuenta la dificultad que supone la aplicación directa de la LPRL en la esfera del trabajo desarrollado en el hogar familiar, remite a una futura norma reglamentaria, el desarrollo de los derechos de las trabajadoras y los deberes de los empleadores en materia de seguridad y salud laboral de acuerdo a “las características específicas del trabajo doméstico”-Disposición Adicional 18ª-

Una buena pista de cómo debería ser la nueva norma reglamentaria la ofrece el art. 14 del Convenio 189 OIT cuando ordena a los Estados miembros que adopten las medidas eficaces a fin de asegurar la salud y seguridad de las trabajadoras del hogar familiar[17], y especialmente la Recomendación 201 OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras domésticos, en donde se detallan aspectos precisos ligados a la actividad y al lugar donde se desarrolla[18]-, y con especial atención “en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres” -violencia física, violencia sicológica, violencia sexual, entiende-. Una norma reglamentaria que, deberá adoptar, necesariamente, la perspectiva de género.

---

[17] Convenio 189 OIT, art. 4: “Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia. Artículo 6: “Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad”.

[18] Recomendación sobre los trabajadores y las trabajadoras domésticos, nº 201, Ginebra, 2011, articulo 17: “cuando se suministre alojamiento y manutención deberían preverse las prestaciones siguientes: a) una habitación separada, privada convenientemente amueblada y ventilada y equipada con un cerrojo con llave; el acceso a instalaciones sanitarias comunes o privadas que estén en buenas condiciones; una iluminación suficiente y, en la medida de lo necesario, calefacción y aire acondicionado en función de las condiciones del hogar; comidas de buena calidad cantidad suficiente adaptadas, cuando se pueda, a las necesidades culturales y religiosas de los trabajadores domésticos.

Art. 7. “Los Miembros deberían considerar el establecimiento de mecanismos para proteger a los trabajadores domésticos del abuso, el acoso y la violencia, por ejemplo: a) creando mecanismos de queja accesibles con el fin de que los trabajadores domésticos puedan informar de casos de abuso, acoso y violencia) asegurando que todas las quejas de abuso, acoso y violencia se investiguen y sean objeto de acciones judiciales, según proceda; y, c) estableciendo programas para la reubicación y la readaptación de los trabajadores domésticos víctimas de abuso, acoso y violencia, inclusive proporcionándoles alojamiento temporal y atención de salud”. Art. 19: “…eliminar o reducir los peligros y riesgos a fin de prevenir los accidentes, enfermedades o muertes; sistemas de inspección y sanciones; procedimientos de recopilación y publicación de estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales; prestar asesoramiento en materia de prevención incluso sobre aspectos ergonómicos y el equipo de protección; desarrollar programas de formación y difundir orientaciones sobre requisitos en materia de seguridad y salud en el trabajo que son específicos del trabajo doméstico”.

A ello se une otra medida importante en este sentido, habida cuenta de la reiteración de nuestra jurisprudencia negando que las dolencias crónicas ligadas a la actividad doméstica puedan considerarse una enfermedad profesional [19]. El RD-Ley en su Disposición Adicional 4ª, da un plazo de seis meses para la constitución de una comisión de estudio con la finalidad de elaborar una propuesta de reforma del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de integrar en el mismo la perspectiva de género, no solo por lo que respecta a esta actividad, que indudablemente tiene connotaciones propias[20], sino en general, para cualquier actividad laboral, haciendo suya la obligación de tener en cuenta el sexo y la perspectiva de género en el ámbito de la política pública de salud laboral, de acuerdo con la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres.

- Cobertura ante las deudas salariales e indemnizatorias

La permanente exclusión de la cobertura de las deudas salariales e indemnizatorias dispensada por el Fondo de Garantía Salarial a las personas trabajadoras en el hogar familiar, en caso de insolvencia o desaparición de la persona que había contratado la prestación de sus servicios, ha sido una diferencia de trato injustificada, basada, únicamente, en las mismas razones del carácter no empresarial de la unidad familiar y por ello, en la ausencia de cotización por esta contingencia. Y más injustificada en nuestros días dado que desde el año 2015 es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la Ley de segunda oportunidad - Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social-. Sin olvidar que la Recomendación nº 201 OIT, compromete a los Estados "a asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones que no sean menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores en general en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o de fallecimiento del empleador".

Para conseguir esta nueva protección que supone un paso de importancia en la equiparación con los derechos del trabajador común, el RD-Ley 16/2022 introduce dos modificaciones que afectan a los arts. 11 y 19 del RD 505/1985, de 6 de marzo sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, y al art. 33 ET.

---

[19] Aunque si la pueden considerar como incapacidad permanente total, Juzgado de lo Social nº 22 Madrid, Sentencia 507/2019 de 25 de noviembre, 2019.

[20] Esta comisión quedará integrada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el Ministerio de Igualdad, a través del Instituto de las Mujeres, y el Ministerio de Sanidad, así como por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Por la primera, se establece el deber de cotización al Fondo de Garantía Salarial de las personas empleadoras por las trabajadoras del hogar familiar vinculadas entre sí por la relación laboral de carácter especial - art. 11. 1, d) RD 505/1985-. Lo que supone la aplicación automática en esta relación del abono, a las trabajadoras, del importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empleador, con los límites establecidos en el art. 33 ET.

La segunda modificación legal tiene por finalidad dotar de cobertura a las indemnizaciones que correspondan por la extinción del contrato de trabajo por decisión causal del empleador previsto en el, asimismo, modificado art. 11.2 del RD 1620/2011. En este caso, la cuantía de la indemnización que procede abonar al Fondo de Garantía Salarial es la misma que la establecida en la norma reglamentaria para este tipo de extinción especial. Es decir, una indemnización reducida en relación a las previstas en los restantes supuestos a los que se refiere el art. 33 ET, ya que se calculará a razón de doce días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de seis mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias -art. 19. 6 RD 1620/2011 y art. 33.2 ET-.

VI. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES DEL HOGAR FAMILIAR. LOS CAMBIOS LEGALES

Para que se reconozca el derecho a la prestación por desempleo a las trabajadoras del hogar familiar, el RD-Ley 16/2022 ha introducido los siguientes cambios legislativos en la LGSS: se suprime la letra d) del art. 251 que excluía la contingencia por desempleo en esta relación especial de trabajo, y se añade un nuevo apartado -el 8- en el art. 267, 1. a), a fin de que conste, como situación legal de desempleo, la extinción por alguna de las causa justificadas contenidas en el nuevo art. 11.2 del RD 1620/2011.

Reconocido el derecho al desempleo en esta relación especial de trabajo, entran en juego los requisitos previstos en el art. 266 LGSS, que las trabajadoras deberán cumplir para tener derecho a la prestación por desempleo en el nivel contributivo: estar afiliada a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta; tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el art. 269.1 LGSS, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar; no haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación - salvo que la trabajadora no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada -; encontrarse en situación legal de

desempleo; acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad; y. estar inscrita como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente.

Veamos estos últimos requisitos:

- Situación legal de desempleo

Las causas por las que el trabajador puede encontrarse en situación legal de desempleo, enumeradas en el art. 267 LGSS, tienen como denominador común la pérdida del empleo - de forma total, parcial, temporal o discontinua- y, en todo caso, de manera involuntaria. Por una parte, "el despido" sin adjetivos, abre la puerta a la situación legal de desempleo[21], con lo que no existe el deber de accionar del trabajador ante los Tribunales de justicia en los casos del despido, bastando la carta de despido para acreditar la situación legal de desempleo. Por otra, se activa el compromiso formal de buscar empleo y aceptar colocación adecuada, debiendo mostrar, el acreedor de la prestación, una actitud activa a favor de procurar su rápida empleabilidad.

Era preciso, por tanto, que la trabajadora del hogar familiar pudiese encontrarse en situación legal de desempleo, para lo cual se debía ponerse fin a la resolución ad nutum del contrato por parte del empleador que establecía el art. 11.3 de la norma reglamentaria. Forma de resolución del contrato sin causa, que traía su fundamento, en el hecho de que el trabajo doméstico se presta en la esfera privada del empleador, en donde se desarrollan una serie de derechos fundamentales como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, lo que hace que la "confianza" se convierte aquí en un elemento predominante, en una exigencia del funcionamiento de la relación de trabajo y no solo en un mero planteamiento normativo.

Pero es que, además de ello, la introducción del trabajador domestico en el circulo personal e íntimo de las personas que habitan el hogar familiar y su posición al cuidado de bienes o personas justifica que, una serie de caracteres, personales y morales - normalmente irrelevantes en el caso del trabajador común-, sean esenciales en esta relación especial de trabajo. Es por ello, además de fiduciaria, una relación "*intuitu personae*", en donde las cualidades personales del trabajador entran a formar parte de los intereses perseguidos en el contrato de trabajo doméstico.

Ante el dilema de como aunar ambos derechos: el del titular del hogar a admitir en su esfera a personas que gozasen de su confianza, y el del trabajador doméstico al

[21] Sobre este tema CABEZA PEREIRO, J.: Situaciones Legales de Desempleo por Extinción del Contrato de Trabajo, Aranzadi, Pamplona, 1996 y la abundante bibliografía que allí se contiene.

desempleo ante la perdida involuntaria de su trabajo, el legislador opta por una solución salomónica:

Así, por una parte, suprime el desistimiento, como forma de extinción ad nutum de la relación de trabajo. Y, por otra, lo sustituye por tres nuevas causas que pueden justificar la extinción por parte del titular del hogar y que, en gran medida, el legislador entiende que pueden ser suficientes para garantizar los derechos del titular del hogar familiar en el sentido arriba señalado.

Quizá hubiera bastado con considerar aplicables las causas objetivas de extinción del contrato de trabajo previstas en el art. 52 ET, pero el legislador ha querido ser más concreto y enumerar expresamente aquellas causas que, presume estadísticamente - porque nunca había obligación de demostrarlas -, son las que habitualmente han dado lugar a las extinciones de este contrato por la vía del desistimiento.

Las causas que justifican la extinción por la vía del art. 11.2 RD 1620/2011, son las siguientes: disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida; modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar; y, el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

Causas, pues, en principio suficientes para cubrir los motivos que generalmente se consideran son los que originan el desistimiento del empleador: cuestiones derivadas de la economía del grupo familiar, del cambio sustancial de las necesidades que se requieren y, en tercer lugar, de la pérdida de confianza.

Pero la cuestión en estos casos reside en concretar la obligación de justificar, de forma objetiva y razonable, la causa que se alega en el escrito en donde se pone fin a la relación de trabajo. Mas fácil de hacerlo en los dos primeros casos - en donde, por lo demás, nada se especifica - pero difícil en el tercero - que es, precisamente en el que se exige: “que (se) fundamente de manera razonable y proporcionada, la pérdida de confianza (en base) al comportamiento de la persona trabajadora”.

“La pérdida de confianza…” algo inaprensible, en la mayoría de los casos, que tiene más que ver con la personalidad del trabajador que con su conducta, pues si ésta es inadecuada, descuidada, desobediente o altanera, por no citar conductas más graves, de abuso de confianza, desatención a las persona o sustracción de bienes, ya está el despido disciplinario para poner fin a la misma.

Estamos pues, ante una norma posiblemente conflictiva. Ya que, cuando la carta de despido alegue falta de confianza, sin ser capaz de mayor precisión o prueba, la trabajadora podrá impugnar el despido como improcedente, lo que la beneficia ya que en este caso la indemnización será mayor, puesto que, frente a la indemnización que

corresponde en el caso de la extinción causal - doce días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de seis mensualidades -, la indemnización que corresponde al despido improcedente en esta relación especial es la equivalente al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades, de acuerdo con el art. 11.1 apartado 2 del RD 1620/2011.

Finalmente, tras la derogación de la letra d) del art. 251 LGSS, que excluía la contingencia por desempleo en esta relación especial de trabajo, es razonable entender que también los restantes supuestos que se contemplan en el RD 1620/2011 pueden ser generadores de situación legal de desempleo. En concreto: el despido disciplinario, la resolución voluntaria por parte de la trabajadora, en el supuesto previsto en los arts. 50 ET y 7. 2 RD 1620/2011, y, por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o sustitución de persona trabajadora, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador.

- Compromiso formal de actividad

Junto a hallarse en situación legal de desempleo, la trabajadora del hogar familiar debe suscribir un compromiso formal de colocación de acuerdo al art. 300 LGSS, como segundo requisito para solicitar la prestación por desempleo, mediante el que se compromete buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su culpabilidad.

Es decir, no solamente se exige la voluntad de querer trabajar, sino también una actitud pro activa en ese sentido. En consecuencia, la falta la acreditación de actuaciones dirigidas a la reinserción laboral o a la mejora de la culpabilidad, se considerarán incumplimientos del compromiso de actividad[22].

Respecto a lo que deba entenderse por “colocación adecuada” se especifica, a continuación, por el art. 301 LGSS - “la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas” -, criterio que puede ser ampliado a juicio del Servicio Público de Empleo cuando haya transcurrido un año de percepción ininterrumpida de la prestación. En tal caso se considerará también adecuada, la que se ofrezca en otra localidad distinta a de la localidad habitual de la trabajadora, siempre que este situada en

[22] A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la Disposición Final 16.6 de la Ley Orgánica 10/2022 atempera tales exigencias en el caso de víctima de violencia de género o de violencia sexual.

un radio inferior a 30 kilómetros[23], o cuando la trabajadora tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo. Regla que debe contemplarse de acuerdo al Convenio 168 OIT, sobre fomento del empleo y protección por desempleo, 1988, y, especialmente, con la Recomendación 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988, que lo acompaña[24].

En este sentido, el Servicio Público de Empleo competente, deberá tener en cuenta las circunstancias profesionales y personales del desempleado, la conciliación de su vida familiar y laboral, el itinerario de inserción fijado, las características del puesto de trabajo ofertado, la existencia de medios de transporte para el desplazamiento, así como las características de los mercados locales de empleo. Además de ello, el salario correspondiente a la colocación, para que esta sea considerada adecuada, no podrá, en ningún caso, ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquel los gastos de desplazamiento.

Aplicando todas estas consideraciones y exigencias generales, al caso de las trabajadoras del hogar familiar donde predomina la falta de cualificación profesional -salvo las muy concretas en donde se exige certificado oficial que la acredite, como la de chofer de automóvil particular- , junto a la demanda habitual de estos servicios -aun desconociendo, por falta de información pública suficiente, el nivel de desempleo existente en el mismo-, junto con la ausencia de acciones específicas de formación en este ámbito -pese a las que se anuncian para el futuro en el propio RD-Ley 16/2022[25]-, presumiblemente determinará, por una parte, que la duración de la prestación de desempleo sea de escasa duración y, por otra, que la situación laboral de estas trabajadoras se encasille en esta actividad con pocas posibilidades de cambio, salvo que los Programas formativos que se ofrezcan, permitan su reactivación profesional.

La posibilidad de un verdadero decálogo de actividades profesionales en el ámbito del trabajo doméstico, junto con los programas de formación y acreditación correspondientes, dotarían de mayor profesionalidad a este trabajo, a la vez que les

[23] "Salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo, o que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20 por ciento del salario mensual" (art. 301 LGSS).

[24] "El concepto de empleo conveniente es contrario a un empleo que suponga un cambio de profesión que no tenga en cuenta las capacidades, calificaciones, aptitudes, experiencia profesional o posibilidades de readaptación del interesado; o que implique cambio de residencia a un lugar en el que no existan posibilidades de viviendas apropiadas; o cuyas condiciones y remuneración fueren sensiblemente menos favorables que las que rigen generalmente, en el momento considerado, en la profesión y la región en que se ofrece el empleo…".

[25] La Disposición Adicional 6ª, sobre acreditación de competencias, con arreglo a la cual el Gobierno desarrollará políticas de formación y acreditación para las personas empleadas del hogar dedicadas al cuidado o atención de las personas miembros de la familia o de las personas que formen parte del ámbito doméstico y familiar.

permitirían entrar en diferentes programas de políticas activas de empleo de acuerdo con la Disposición Adicional 3ª del RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo.

Y quizá, con esta finalidad, la Disposición Final 3ª del RD-Ley 16/2022 modifica la Disposición Final 9ª del RD 818/2021, dando un plazo de dos años - en lugar de uno como se recogía en la norma- a las Administraciones públicas competentes, para realizar las adaptaciones, que resulten necesarias, de la normativa de cada uno de los programas comunes de activación para el empleo previstos en el mismo.

VI. BREVEMENTE, SOBRE EL SUBSIDIO ASISTENCIAL POR DESEMPLEO

No se refiere concretamente el RD-Ley 16/2022 al derecho de las trabajadoras del hogar a este subsidio, pero una vez reconocido el derecho al desempleo, también lo tendrán a todos los demás subsidios asistenciales ligados al mismo cuando cumplan los demás requisitos previstos en la LGSS.

Precisamente, y como bien se sabe, la reclamación de una trabajadora doméstica sobre su derecho a cotizar por desempleo, a fin de poder posteriormente tener derecho a un subsidio asistencial previsto en el art. 274.4 LGSS, fue el detonante que motivó la STJUE (Asunto C-389/20) y posteriormente el reconocimiento de este derecho en la RD-Ley 16/2022.

La finalidad de esta modalidad de subsidio es la de proporcionar medios de subsistencia a los trabajadores mayores de 52 años, carentes de ingresos, aunque no tengan responsabilidades familiares que, en el momento de la solicitud, reúnan los requisitos necesarios, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el Sistema de la Seguridad Social, habiendo cotizado por desempleo durante al menos seis años a lo largo de su vida laboral.

En este supuesto quizá pueda ser útil revisar dos cuestiones:

- Respecto a los requisitos, parece claro que se exige que la jubilación a la que va a acceder el solicitante de este subsidio ha de ser contributiva, por lo tanto, deberá poder acreditar, en el momento de la solicitud, un periodo mínimo de cotización de quince años, de los cuales, al menos dos, deben estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, lo que de acuerdo a las normas que lo complementan resulta:

  Que se debe de acreditar el periodo mínimo de cotización, exigido para la jubilación contributiva, en el momento de la solicitud. Por tanto, las cotizaciones posteriores que durante la prestación del subsidio para mayores de 52 años se realicen por la entidad gestora por tal contingencia, podrá tener efecto para el

cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquella, en cualquiera de sus modalidades, e, igualmente, para completar el tiempo necesario para el acceso a la jubilación anticipada, pero, en ningún caso, para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido en el art. 205. 1 b) LGSS, de acuerdo al art. 280. 1 LGSS tras la modificación introducida por la Disposición Final 6.2 del RD-Ley 3/2022, de 1 de marzo, que en este punto aclara una cuestión controvertida y puesta de relieve por nuestra mejor doctrina[26].

En cuanto a la carencia especifica que art. 205.1 b) LGSS, exige para la jubilación contributiva -que los dos años de cotización se encuentren dentro de los quince inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho-, aplicada al momento de la solicitud del subsidio, se puede convertir, en determinados casos, en una exigencia difícil de cumplir. Y es que, no es igual mantener dicha exigencia basada en criterios contributivos -cierto número de cotizaciones en un periodo anterior a la jubilación- , que en criterios asistenciales, en donde para los supuestos de trabajadores que procedan de otras prestaciones asistenciales o contributivas muy escasas o de situaciones de invalidez, pueden convertirse en un obstáculo prácticamente insalvable para obtener el derecho al subsidio, incluso, contando con las reglas de flexibilidad de esta obligación que recoge la misma norma.

Respecto al cómputo de las cotizaciones efectuadas en un país diferente al español, como ocurre para la carencia para jubilación y de acuerdo al art. 45.1 del Reglamento (CEE) 1.408/71 de 14 de junio, para los seis años de cotización exigidos para solicitar el subsidio de mayores de 52 años, el principio de totalización de periodos permite el cómputo de los periodos cotizados en cualquier país miembro de la Unión Europea. La doctrina del Tribunal Supremo lo entendió así en el ámbito comunitario -SSTS 8 de octubre de 1991, 18 de noviembre de 1991, 15 de diciembre de 1992 y 1 de febrero de 1995, entre otras-, mientras que, el periodo cotizado en otros países se tendrá en cuenta, a estos efectos, dependiendo de la existencia de un Tratado Internacional que lo autorice. De no ser así ha de rechazarse el valor de esa cotización para el computo del periodo de tiempo que dé lugar a este subsidio -STS 15 de mayo de 1994-.

Y permítanme una última reflexión personal

Mi primer trabajo serio en la disciplina fue mi tesis doctoral sobre una relación especial de trabajo que contemplaba los primeros derechos laborales dirigidos a un colectivo con apenas reconocimiento social, un trabajo infravalorado, hecho por mujeres,

[26] ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L., Instituciones de seguridad Social, 17ª ed. 2000, Civitas, Madrid, p. 226.

en muchos casos inmigrantes, a las que se otorgaba una protección social mínima, próxima a la del trabajo autónomo.

Ahora, en este último trabajo con el que cierro mi carrera, el servicio al hogar familiar es una relación que se inicia con un contrato de trabajo por escrito, salario mínimo, jornadas acotadas, valoración más equitativa del salario en especie, despido causal, garantía salarial, reglas específicas de prevención de riesgos laborales y, prácticamente todos los derechos de prestaciones sociales incluidos el accidente laboral, la enfermedad profesional y el desempleo.

Una actividad profesional dignificada.

Un largo camino…recorrido a la par.

DERECHOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y ARGELIA [1]

Por

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

csrodas@us.es

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: La crisis diplomática originada por el cambio de posición del Gobierno español respecto al Sahara occidental ha disparado las cifras de inmigrantes irregulares procedentes de Argelia, lo que unido al conflicto por el suministro de gas argelino han puesto a este país magrebí en el foco de la actualidad internacional. Por ello se hace conveniente profundizar en el estudio del Tratado de Asociación entre la Comunidad Europa y Argelia para concretar qué derechos laborales y de Seguridad Social se han de reconocer a los trabajadores argelinos en el territorio donde se aplica el Derecho de la Unión Europea al amparo de este tratado internacional.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; Argelia; Tratado de Asociación; derechos laborales; Seguridad Social.

SUMARIO: I. Argelia, el Magreb y la Unión Europea.- II. Disposiciones relativas a los trabajadores en el Acuerdo de Asociación.- III. ¿Regula el Acuerdo de Asociación el derecho a la libre circulación de trabajadores?.- IV. Aplicación del Acuerdo de Asociación subordinada al requisito de la nacionalidad, la residencia legal y a la obtención de autorización de trabajo.- V. El polisémico concepto de trabajador a los efectos del Acuerdo de Asociación y del derecho de la Unión Europea.- VI. Coordinación limitada entre los sistemas de Seguridad Social de los Estados en los que se aplica el derecho de la Unión Europea y Argelia.- VII. Derecho a la no discriminación y efecto directo del artículo 68 del Acuerdo Asociación.- VIII. Aplicación a los trabajadores españoles de las disposiciones de los convenios bilaterales suscritos con Argelia por Bélgica y Francia.- IX. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Acuerdo de Asociación con Argelia.- X. A la luz de la Ley Orgánica de Extranjería y el Reglamento 1231/2010 ¿qué operatividad tiene el Acuerdo de Asociación con Argelia en España?.- XI. Conclusiones.

LABOUR AND SOCIAL SECURITY RIGHTS IN THE ASSOCIATION AGREEMENT BETWEEN THE EUROPEAN COMMUNITY AND ALGERIA

[1]Trabajo realizado en el marco de la Red de Excelencia “La Protección Social y la Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: Los Desafíos del Brexit y el Pilar Europeo de Derechos Sociales” (RED2018-102508-T) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

ABSTRACT: The diplomatic crisis caused by the Spanish government's change of position on Western Sahara has increased the number of illegal immigrants from Algeria, which, together with the conflict over the supply of Algerian gas, has placed this Maghreb country in the international spotlight. It is therefore necessary to study the Association Treaty between the European Community and Algeria in greater depth in order to specify which labour and social security rights Algerian workers must be granted in the territory where European Union law applies under this international treaty.

KEYWORDS: European Union; Algeria; Association Treaty; labor rights; social security; Social Security.

SUMMARY: I. Algeria, the Maghreb and the European Union.- II. Provisions relating to workers in the Association Agreement.- III. Does the Association Agreement regulate the right to free movement of workers?.- IV. Application of the Association Agreement subject to the requirement of nationality, legal residence and obtaining work authorisation.- V. The polysemic concept of worker for the purposes of the Association Agreement and EU law.- VI. Limited coordination between the social security systems of the States in which EU law applies and Algeria.- VII. The right to non-discrimination and the direct effect of Article 68 of the Association Agreement.- VIII. Application to Spanish workers of the provisions of the bilateral agreements concluded with Algeria by Belgium and France.- IX. The European Court of Human Rights and the Association Agreement with Algeria.- X. In the light of the Organic Law on Aliens and Regulation 1231/2010, how does the Association Agreement with Algeria operate in Spain?.- XI. Conclusions.

I. ARGELIA, EL MAGREB Y LA UNIÓN EUROPEA

"Isla de Poniente" es el termino árabe para denominar el territorio del norte de África que denominamos Magreb y cuyo núcleo estaría formado por Argelia, Marruecos y Túnez. Aunque el Magreb no sea, obviamente, una isla se quiere con ello poner de relieve su situación separada de Europa "y alejada por la barrera desértica del Oriente y del África subsaheliana"[2].

Entre España y el Magreb, además de proximidad geográfica, existen estrechos lazos históricos y culturales[3] puesto que siglos atrás se asentaron en esa zona comunidades andalusí, tanto judías como musulmanas. Sin olvidar que Orán y Mazalquivir desde el S. XVI hasta el S. XVIII fueron plazas españolas[4].

Pero mientras Marruecos está presente en la memoria colectiva del pueblo español no ocurre lo mismo con Túnez ni con Argelia, aunque esta última haya alcanzado en 2022 un inusual protagonismo en los medios de comunicación españoles derivado de las tensas relaciones diplomáticas y comerciales con España tras el súbito cambio político del gobierno español respecto al Sahara occidental, a lo que se ha unido la crisis en

[2]López Aguirrebengoa, P.:"El Magreb y el Proceso Euromediterráneo. Una Perspectiva Europea y Española", *Cuadernos de Estrategia,* nº 106, 2000, p.237.

[3]En el primer Considerando del Acuerdo de Asociación con Argelia se invoca expresamente la "proximidad y la interdependencia existentes entre la Comunidad, sus Estados miembros y Argelia, basadas en vínculos históricos y valores comunes".

[4]Bustos, R.:"Las Relaciones España-Argelia, una Mirada desde España", *Anuario Internacional CIDOB*, nº1, 2006, p.499.

torno al suministro de gas argelino. El hecho de que Argelia sea la primera potencia energética del Magreb ha hecho que países como Italia y Francia intensifiquen sus relaciones diplomáticas con este país mientras que España ha sido postergada.

Como curiosidad histórica puede señalarse que el Tratado de la Comunidad Económica Europea fue aplicable antes en Argelia que en España debido a que en su artículo 227.2 expresamente se incluyó a Argelia por imposición de Francia, ya que por aquellas fechas (1958) Argelia era aún colonia francesa.

Los nuevos vientos en la política global mediterránea de la Comunidad Europea (cuya primera manifestación sería la Declaración de Helsinki -1975- que "establecía un claro nexo entre la seguridad europea y la seguridad en el Mediterráneo"[5]), propulsaron que se suscribieran Acuerdos de Cooperación entre la Comunidad Económica Europa y Argelia, Marruecos y Túnez en 1976[6]. En los tres Acuerdos se regula el derecho a la no discriminación de los trabajadores magrebíes por razón de la nacionalidad respecto a las condiciones de trabajo, a la remuneración y en el ámbito de la Seguridad Social.

En concreto, el Acuerdo de Cooperación con la República Argelina Democrática y Popular se firmó el 26 de abril de 1976, aunque no entró en vigor hasta el 1 de noviembre de 1978. Su artículo primero proclamaba que "el objeto del presente Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y Argelia es promover la cooperación global entre las Partes Contratantes para contribuir al desarrollo económico y social de Argelia y ayudar a reforzar las relaciones entre las Partes". Pero, si atendemos al número total de artículos dedicados a los aspectos económicos y su ubicación preferente en el citado Acuerdo, resulta clara la primacía de los aspectos económicos del Acuerdo frente a los sociales.

Las iniciativas europeas con el Magreb se intensificarían en los años siguientes[7] ocupando un protagonismo indiscutible la Conferencia Euromediterránea de Barcelona (1995).

En 1997 se inició el proceso de negociación del vigente Acuerdo Euromediterráneo por el que se estableció una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados

---

[5]López Aguirrebengoa, P.:"El Magreb y el Proceso Euromediterráneo. Una Perspectiva Europea y Española", Op. cit., p.247.

[6]Palomares Amat, M.: "La Cooperación Social entre las Comunidades Europeas y los Países del Magreb", *Revista CIDOB Afers Internacionals*, nº 48, 2000, p.90:"considerados globalmente, los Acuerdos de Cooperación concluidos entre las Comunidades Europeas y los países del Magreb, reflejan una mayor preocupación por el desarrollo económico de estos países que por una mera regulación de los intercambios comerciales".

[7]Morán Blanco, S.: "Cuestiones en torno a la Cooperación para el Desarrollo de la Unión Europea y los Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* nº 25, 2006, p.909:"el temor europeo al terrorismo yihadista y al posible acceso al poder de un Gobierno islamista, así como los intereses económicos -sobre todo las importaciones de hidrocarburos y las inversiones en ese sector- han mediatizado la política europea hacia el régimen argelino desde 1992".

miembros con la República Argelina Democrática y Popular[8], que concluiría con su firma en Valencia en 2002. Los objetivos perseguidos por el Acuerdo de Asociación "son la prolongación directa de aquellos que sirvieron de fundamento al Acuerdo de Cooperación". El Acuerdo no entraría en vigor hasta 2005, sustituyendo al Acuerdo de Cooperación de 1976, conforme dispone el artículo 110.2 del Acuerdo de Asociación.

El 8 de octubre de 2002 España y Argelia firmaron el Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación "que equipara prácticamente el nivel de contactos institucionales entre los dos países, al que España mantiene desde 1991 con Marruecos".[9]

En 2021 el presidente argelino Abdelmajid Tebboune planteó la necesidad de revisar el citado Acuerdo alegando que, tras los años transcurridos, había quedado obsoleto.

II. DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS TRABAJADORES EN EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN

El Capítulo I del Título VI del Acuerdo de Asociación lleva por rúbrica "disposiciones relativas a los trabajadores" y consta de cinco artículos.

Los artículos 67 y 68 regulan el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad en el empleo y en el campo de la Seguridad Social, respectivamente.

El artículo 69 subordina la aplicación del Acuerdo a que los trabajadores reúnan los requisitos acumulativos de ser nacionales de una las Partes y que trabajen o residen legalmente en el territorio del país de acogida.

El artículo 70 encomienda al Consejo de Asociación la adopción de medidas para la aplicación del artículo 68.

Y el artículo 71 salvaguarda la aplicación las disposiciones más favorables contenidas en convenios bilaterales de Seguridad Social.

[8]Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular.

Illamola Dausà, M.: "El Estatuto Jurídico de los Trabajadores Nacionales de Terceros Estados: Especial

Referencia al Acuerdo de Asociación con Turquía", *Tesis Doctoral*, 2001, http://hdl.handle.net/10803/7682, p.328: "la asociación se caracteriza por la participación del asociado en los objetivos comunitarios, la forma institucional, y la naturaleza igualitaria del ligamen de asociación comunitario".

[9]Bustos, R.: "Las relaciones España-Argelia, una Mirada desde España", Op. cit., p.501.

III. ¿REGULA EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES?

La libre circulación de trabajadores es uno de los pilares del Derecho de la Unión Europea. Actualmente, su regulación se encuentra en el artículo 45 TFUE desarrollado por el Reglamento 492/2011.

Conforme al citado artículo 45.3 la libre circulación implica "el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo; de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; y de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo".

Puesto que artículo 45 TFUE no contiene una definición de trabajador ha recaído sobre el Tribunal de Justicia de Luxemburgo la labor de delimitar su contenido. Y, al respecto, ha señalado que ha de tratarse de "una relación laboral en la que la persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra, y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración, cualquiera que sea el campo en el que se desarrolla, siendo irrelevante el importe del salario y el carácter a tiempo parcial o intermitente de la actividad"[10]. Es decir, a efectos del derecho a la libre circulación de trabajadores este concepto se identifica con los trabajadores por cuenta ajena que, además, han de ser nacionales de un Estado miembro, tal y como se infiere del artículo 1.1 del Reglamento 492/2011.

Quedan excluidos del artículo 45 TFUE los trabajadores autónomos, que se rigen por el principio de libertad de establecimiento o, en su caso, el de libre prestación de servicios.

Por lo que respecta al Acuerdo de Asociación con Argelia hay que negar categóricamente que regule el derecho a la libre circulación de los trabajadores y las razones subyacentes son "en parte económicas, en parte políticas[11]. Por tanto, se ha de tener siempre presente que el Acuerdo de Asociación no genera *per se* ningún derecho a acceder al mercado laboral de los Estados miembros ni a residir en los mismos

Confirma esta conclusión la sentencia Mesbah en la que respecto al Acuerdo entre la Comunidad Europea y Marruecos -y que puede aplicarse analógicamente al Acuerdo con Argelia- el Tribunal de Luxemburgo afirmó que "el objetivo del Acuerdo no consiste en

[10]STJUE de 19 de junio de 2014, -507/12, (Saint Prix), ECLI:EU:C:2014:2007.

[11]Illamola Dausà, M.: "El Estatuto Jurídico de los Trabajadores Nacionales de Terceros Estados: Especial

Referencia al Acuerdo de Asociación con Turquía", Op. cit., p.337.

alcanzar la libre circulación de los nacionales marroquíes dentro de la Comunidad, sino únicamente en consolidar la situación social de los trabajadores marroquíes y de los miembros de su familia que residan con ellos en el Estado miembro de acogida, sólo y exclusivamente[12].

Al no gozar del derecho a la libre circulación, los trabajadores argelinos tampoco podrán invocar el concepto de ventaja social[13].

IV. APLICACIÓN DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN SUBORDINADA AL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD, LA RESIDENCIA LEGAL Y A LA OBTENCIÓN DE AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

El Acuerdo de Asociación con Argelia no puede ser aplicado a cualquier trabajador/a que preste servicios en un país en el que se aplique el Derecho de la Unión Europea, sino que se exige explícitamente ostentar la nacionalidad argelina. Quedan excluidos, por tantos, refugiados y apátridas.

El Acuerdo de Asociación tampoco es aplicable a personas en situación administrativa irregular, así se infiere *a contrario sensu* del artículo 69 del mismo cuerpo legal que exige que los nacionales de las Partes residan o trabajen legalmente en el territorio del país de acogida.

Respecto al requisito de residencia y trabajo legal en España hemos de remitirnos al artículo 36 de la Ley Orgánica de Extranjería[14] que establece que “los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia”.

El Tribunal Constitucional ha declarado que “el legislador en materia de extranjería puede establecer requisitos para la entrada y permanencia de los extranjeros entre los que se encuentra el sometimiento a la necesaria autorización administrativa para residir y trabajar legalmente en España”[15].

El artículo 29 de la Ley Orgánica de Extranjería, por su parte, indica que “los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda”.

---

[12]STJUE de 11 de noviembre de 1999, -179/98, (Mesbah), ECLI:EU:C:1999:549.

[13]Artículo 7.2 Reglamento 492/2011.

[14]Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

[15]SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y de 17/2013 de 31 de enero.

Respecto al debate sobre si respecto a los extranjeros el certificado de empadronamiento resultaría suficiente para acreditar la residencia legal el mismo fue resuelto por el Tribunal Supremo que, con fundamento en el artículo 18.2 de la Ley 7/1985, afirmó que "la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España"[16].

En cualquier caso, la residencia legal no es equiparable con la situación de estancia[17].

¿Es posible trabajar legalmente en España sin autorización de residencia? En concretos supuestos la respuesta es afirmativa: es el supuesto de quienes se hallen legalmente en España con una autorización de estancia por razón de estudios, realizando prácticas no laborales o servicios de voluntariado (artículo 33.4 Ley Orgánica Extranjería)[18]. Tampoco precisan autorización de trabajo los trabajadores transfronterizos[19].

V. EL POLISÉMICO CONCEPTO DE TRABAJADOR A LOS EFECTOS DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En los artículos 67 y 68 del Acuerdo de Asociación se regulan derechos de los trabajadores argelinos a los que el citado Acuerdo resulta aplicable, mas el Acuerdo no contiene ninguna definición del término trabajador.

La primera cuestión que hay que plantearse es si en ambos preceptos se puede atribuir el mismo significado a la expresión trabajador. La tesis que aquí se defiende es que a efectos del artículo 67 se atribuye un significad "laboral" mientras que a efectos del artículo 68 estamos ante un concepto de "Seguridad Social" por lo que, paradójicamente, la interpretación del término trabajador difiere de un precepto a otro.

No cabe duda de que esta dualidad resulta totalmente coherente con el Derecho de la Unión Europea, en donde el término trabajador no tiene un sentido unívoco sino que su

[16]STS de 3 de abril de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1479.

[17]SSTSJ de Cataluña de 12 de julio de 2000, AS.2566; y de 8 de noviembre de 1999, AS.4668.

[18]Artículo 33 Ley Orgánica de Extranjería; cfr. Guerrero Padrón, T.: "El Derecho de Residencia como Factor Limitativo del Acceso a Prestaciones de Seguridad Social", *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social,* nº 49, 2018, pp.276-284.

[19]Conforme al artículo 182 Real Decreto 557/2011, transfronterizos son los que han sido autorizados "para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente". El concepto español de trabajador transfronterizo es, dicho sea de paso, mucho más restringido que el concepto comunitario de trabajador fronterizo. Cfr. Gutiérrez Pérez, M.:"La Seguridad Social de los Trabajadores Fronterizos en el Marco Comunitario. Incidencia de la reforma de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 en la acción protectora", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* nº 49, 2018, pp. 201-206.

alcance difiere según se utilice en el marco de la libre circulación de trabajadores (que solo comprende a los trabajadores por cuenta ajena), o en el de la coordinación de Seguridad Social[20].

Por el contrario, a los efectos de la coordinación de sistemas de Seguridad Social los sujetos protegidos son quienes están comprendidos en los diferentes sistemas nacionales coordinados de Seguridad Social, incluso si no ostentan en el presente un empleo, pero son susceptibles de ocupar un nuevo puesto laboral. Por lo que al requisito de la afiliación se refiere, no resulta imprescindible que el sujeto se encuentre formalmente afiliado al régimen correspondiente, siempre que satisfaga las condiciones materiales exigidas por el régimen de Seguridad Social que le resulte aplicable. En definitiva, que es la inclusión en un régimen de Seguridad Social coordinado lo que determina la aplicación del vigente Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

Como señala ILLAMOLA DAUSÀ[21] con fundamento en la sentencia Günaydin, "a un nacional de un tercer país que ocupe un puesto de trabajo en el mercado regular de trabajo de un Estado miembro se le aplicarán los mismos criterios que a un ciudadano comunitario para determinar si se trata de un trabajador en el sentido comunitario del término".

De las consideraciones anteriores cabría concluir que el concepto de trabajador a los efectos del Acuerdo de Asociación ha de interpretarse a la luz de Derecho de la Unión Europea, diferenciando según estemos en el ámbito laboral o de Seguridad Social.

1. Concepto de trabajador a efectos del artículo 67 del Acuerdo de Asociación

Proclama el artículo 67.1 del Acuerdo de Asociación que "*cada Estado miembro concederá a los trabajadores de nacionalidad argelina empleados en su territorio un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier forma de discriminación respecto de sus propios nacionales por razones de nacionalidad en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, remuneración y despido*".

El artículo 67.2 del citado Acuerdo afirma que "*todo trabajador argelino autorizado a ejercer una actividad profesional asalariada en el territorio de un Estado miembro con carácter temporal se beneficiará de las disposiciones del apartado 1 por lo que se refiere a las condiciones de trabajo y remuneración.*

[20]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: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* nº 37, 2002, pp. 55-60.

[21]Illamola Dausà, M.: "El Estatuto Jurídico de los Trabajadores Nacionales de Terceros Estados: Especial Referencia al Acuerdo de Asociación con Turquía", Op. cit., p.553.

Y el artículo 67.3 del mismo cuerpo legal establece: *Argelia concederá el mismo régimen a los trabajadores nacionales de los Estados miembros empleados en su territorio*".

De entrada, lo primero destacable es que la regulación de esta materia en el Acuerdo de Asociación de 2002 es más extensa que en el Acuerdo de Cooperación de 1976, cuyo artículo 38 escuetamente proclamaba que "*el trato concedido por cada Estado miembro a los trabajadores de nacionalidad argelina empleados en su territorio estará exento de toda discriminación por razón de nacionalidad, en lo que respecta a las condiciones de trabajo o a la remuneración, en relación con sus propios nacionales. Argelia concederá el mismo trato a los trabajadores nacionales de un Estado miembro empleados en su territorio*".

En segundo lugar, respecto a la redacción del citado artículo 67 del Tratado de Asociación hay que concretar si el mismo es aplicable solo a los trabajadores por cuenta ajena o también a los trabajadores autónomos. Las referencias a "las condiciones de trabajo, remuneración y despido" hacen que nos decantemos por una interpretación restringida del término trabajador considerando a estos efectos solo a los trabajadores por cuenta ajena y excluyendo a los trabajadores por cuenta propia. Refuerza esta exégesis, el hecho de que el artículo 38 del Acuerdo de Cooperación de 1976 también utilizase el término "trabajadores empleados".

Pero de la cuestión prejudicial Echouikh[22] se infiere que el concepto de trabajador por cuenta ajena está dotado en el ámbito comunitario de un alcance más extenso del que pudiera tener a nivel de Derecho interno puesto que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo dictaminó que "una persona que presta servicio militar durante un periodo, voluntaria u obligatoriamente, debe ser considerada trabajador habida cuenta de la relación de subordinación que caracteriza el cumplimiento de sus prestaciones al servicio del ejército, a cambio de las cuales percibe una retribución". Si bien este caso versó sobre los artículos 64 y 65 del Tratado de Asociación con Marruecos el fallo del Tribunal es plenamente aplicable al caso argelino puesto que el contenido de esos dos preceptos citados es idéntico al de los artículos 67 y 68 del Acuerdo de Asociación con Argelia.

Por tanto, a nuestro entender, lo determinante para la aplicación del artículo 67 del Acuerdo de Asociación con Argelia es que se den las notas de la subordinación y la remuneración.

[22]Auto del TJUE de 13 de junio de 2006, -336/05, (Echouikh), ECLI:EU:C:2006:394:"en virtud del artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado, remitiéndose a la jurisprudencia aplicable".

2. Derecho a la no discriminación y despido

El artículo 67.1 del Acuerdo de Asociación reconoce expresamente el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad en materia de despido de los trabajadores argelinos empleados en Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea, previsión no existente en el Acuerdo de Cooperación de 1976.

Aunque lo cierto es que esta prohibición no resulta aplicable con carácter absoluto puesto que están excluidos, conforme al artículo 67.2 del Acuerdo de Asociación los *trabajadores argelinos autorizados a ejercer una actividad profesional asalariada en el territorio de un Estado miembro con carácter temporal.* La redacción de este apartado induce a confusión, pero la exégesis que aquí se defiende es que no es la duración del contrato (indefinido o temporal) lo que permitiría diferencias de trato[23] en materia de despido por razón de nacionalidad, sino que esto solo sería posible cuando el trabajador no dispusiera de una autorización permanente para trabajar en el Estado de acogida.

Es decir, la finalidad última de esta cláusula, en nuestra opinión, no es permitir diferencias de trato (p.e. respecto a las causas de despido o cálculo de la correspondiente indemnización de los trabajadores argelinos) sino evitar que se pueda alegar discriminación por despido para obtener la renovación de la autorización de residencia. Esta conclusión se refuerza por la Declaración Conjunta Interpretativa del artículo 64.1 del Acuerdo de Asociación con Túnez[24] (la redacción de dicho precepto coincide literalmente con el artículo 67.1 del Acuerdo de Asociación con Argelia).

En todo caso, y por lo que a España se refiere, la pérdida de la autorización para trabajar en España no provoca la nulidad del despido sino que el mismo se calificará como despido objetivo[25].

Vistas las anteriores consideraciones y aunque parezca paradójico, el artículo 67.1 del Tratado de Asociación no ampliaría los derechos de los trabajadores argelinos frente al artículo 38 del Acuerdo de Cooperación de 1976, sino todo lo contrario. Y ello es así porque la omisión del despido en el Acuerdo de Cooperación de 1976 implicaba de facto que la prohibición de no discriminación por esta causa era predicable de todos los

[23]La discriminación en el empleo de duración determinada es contraria a la Directiva 1999/70 tal y como ha sido interpretada por el TJUE. Cfr. Gordillo, R.:"Prohibición de Discriminación e Indemnización por Finalización de los Contratos de Trabajo de Duración Determinada", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 56, 2017, pp.233-255.

[24]"Declaración conjunta interpretativa relativa al apartado 1 del artículo 64 del Acuerdo. El apartado 1 del artículo 64: por lo que respecta a la ausencia de discriminación en materia de despido no podrá ser invocado a fin de obtener la renovación del permiso de estancia. La concesión, la renovación o la denegación del permiso de estancia estará regulado únicamente por la legislación de cada Estado miembro, así como por los acuerdos y convenios bilaterales vigentes entre Túnez y dicho Estado miembro".

[25]STS 23 de junio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2457.

trabajadores argelinos, con independencia de que ostentaran un derecho de residencia permanente o temporal en el Estado de acogida.

Refuerza la tesis de que el despido estaba incluido en el Acuerdo de Cooperación de 1976 la redacción de su artículo 38 que prohibía la discriminación por la nacionalidad respecto a "las condiciones de trabajo o a la remuneración". Y si comparamos su redacción con el artículo 45 del TFUE (no aplicable a trabajadores argelinos) este último precepto también consagra la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto a la "retribución y las demás condiciones de trabajo". Y bajo esa cláusula está comprendido el despido, como explícitamente se contiene en el Considerando tercero de la Directiva 2014/54/UE[26].

3. ¿Puede ser invocado el artículo 67.1 para oponerse a una medida adoptada por un Estado miembro que limita el derecho de residencia de los trabajadores argelinos?

Para responder a esta pregunta hay que partir de la constatación de que la redacción del artículo 67.1 del Acuerdo de Asociación con Argelia coincide con la del artículo 64.1 del Acuerdo de Asociación con Túnez[27] y con el artículo 40.1 del Acuerdo de Asociación con Marruecos[28]. Lo cual por otra parte no es ninguna novedad ya que también en los Acuerdos de Cooperación de 1976 suscritos entre la Comunidad Económica Europea y estos países del Magreb existía plena coincidencia en cuanto al contenido de los preceptos que regulaban el derecho a la no discriminación de los trabajadores magrebíes por razón de la nacionalidad[29].

---

[26]Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.

[27]Artículo 64.1:"cada uno de los Estados miembros concederá a los trabajadores de nacionalidad tunecina empleados en su territorio un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a sus propios nacionales, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, remuneración y despido. 2. Todo trabajador tunecino autorizado a ejercer una actividad profesional asalariada en el territorio de un Estado miembro con carácter temporal, se beneficiará de lo dispuesto en el apartado 1 respecto a las condiciones de trabajo y remuneración".

[28]Artículo 40.1:"cada uno de los Estados miembros concederá a los trabajadores de nacionalidad marroquí empleados en su territorio un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a sus propios nacionales, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, remuneración y despido. 2. Todo trabajador marroquí autorizado a ejercer una actividad profesional asalariada en el territorio de un Estado miembro con carácter temporal se beneficiará de lo dispuesto en el apartado 1 respecto a las condiciones de trabajo y remuneración.

[29]STJUE de 5 de abril de 1995, 103/94, (Krid), ECLI:EU:C:1995:97:"el apartado 1 del artículo 39 del Acuerdo de Cooperación CEE-Argelia está redactado en los mismos términos que el apartado 1 del artículo 41 del Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos, y ambos Acuerdos persiguen un objetivo idéntico".

Y es precisamente esa identidad de contenido lo que explica que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo aplique por analogía su jurisprudencia sobre dichos preceptos, indiferentemente del concreto Acuerdo de Cooperación y de Asociación con los países del Magreb de que se trate.

Por tanto, *mutatis mutandi*, es aplicable al artículo 67.1 del Acuerdo con Argelia la doctrina contenida en la sentencia Gattoussi[30] en la que para interpretar el alcance del Acuerdo de Asociación con Túnez se funda en su jurisprudencia sobre el Acuerdo con Marruecos.

En el asunto Gattoussi el Tribunal parte de la premisa de que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, remuneración y despido no confiere ningún derecho de residencia a los nacionales magrebíes. Pero sí se opone a que el Estado miembro de acogida "limite la vigencia del permiso de residencia a un nacional magrebí al que ha autorizado a residir en su territorio durante un período determinado y a ejercer en él, de forma permanente, una actividad por cuenta ajena en el supuesto de que el motivo inicial de su derecho de residencia desaparezca antes de que expire la validez de su permiso de residencia".

La sentencia Gattoussi, además, reitera una sólida doctrina sobre el efecto directo de las disposiciones sociales de los Acuerdos de Cooperación y Asociación entre la Comunidad Europea y los países del Magreb[31] por lo que no cabe duda de que el artículo 67.1 del Acuerdo de Asociación con Argelia puede ser invocado directamente por los trabajadores ante los tribunales nacionales de un Estado miembro sin necesidad de ulterior desarrollo.

4. Concepto de trabajador a efectos del artículo 68 del Acuerdo de Asociación

Dispone el artículo 68 1. del Acuerdo de Asociación que "*sin perjuicio de las disposiciones de los apartados siguientes, los trabajadores de nacionalidad argelina y los miembros de su familia que residan con ellos se beneficiarán en el campo de la seguridad social de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier tipo de discriminación por razones de nacionalidad respecto de los nacionales de los Estados miembros en los que estén empleados*".

[30]STJUE de 14 de diciembre de 2006, -97/05, (Gattoussi), ECLI:EU:C:2006:780.

[31]STJUE de 20 de abril de 1994, -58/93, (Yousfi), ECLI:EU:C:1994:160:"como la cuestión de los efectos que las disposiciones del Acuerdo deben surtir en el ordenamiento jurídico de las Partes de dicho Acuerdo no se reguló en éste, corresponde dirimirla al Tribunal de Justicia, al igual que cualquier otra cuestión de interpretación referida a la aplicación de acuerdos en la Comunidad". Y "según jurisprudencia reiterada, una disposición de un acuerdo celebrado por las Comunidades con Estados terceros debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor y de su objeto y naturaleza, contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno".

En este caso la exégesis del término "trabajador" se ve aparentemente simplificada gracias al Proyecto de Decisión del Consejo de Asociación anexa a la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010[32] que contiene una definición respecto a qué haya de interpretarse por trabajador a los efectos del artículo 68 del Acuerdo de Asociación.

Pero, como destaca GARCÍA DE CORTÁZAR[33] para que esta disposición surta efecto "es necesaria su adopción y refrendo por parte de los correspondientes Consejos de Asociación y de los Consejos de Estabilización. Sin embargo, a día de hoy, ningún Consejo de Asociación o de Estabilización ha aprobado la propuesta de la Unión por lo que estas normas se encuentran en un limbo jurídico, lo que en nada beneficia a los trabajadores migrantes".

Las definiciones de "trabajador" contenidas el Proyecto de Decisión del Consejo de 2010 citado son las siguientes:

> 1) A efectos de la legislación de un Estado miembro, toda persona que ejerza una actividad como trabajador por cuenta ajena con arreglo al artículo 1, letra a) del Reglamento 883/2004.
>
> Obsérvese que el Acuerdo de Asociación no remite a un concepto "laboral" sino de "Seguridad Social" de trabajador por cuenta ajena.
>
> A estos efectos, el artículo 1.a) del Reglamento 883/2004 proclama que: "*para los fines del presente Reglamento se entiende por: a) «actividad por cuenta ajena»: toda actividad o situación asimilada considerada como tal a efectos de la legislación de seguridad social del Estado miembro en el que se ejerza dicha actividad o se produzca dicha situación*" (el subrayado es nuestro). Por tanto, es indudable que el dato relevante para ser considerado trabajador a efectos del artículo 68.1 del Acuerdo de Asociación es la inclusión en un régimen de Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena o asimilado. La inclusión de los "asimilados" permite concluir que puede invocar el artículo 68.1 quien no es trabajador cuenta ajena a efectos del Derecho laboral pero sí está incluido en un régimen de Seguridad Social aplicable a los trabajadores por cuenta ajena.
>
> 2) A efectos de la legislación de Argelia, toda persona que ejerza una actividad

[32]Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social. DOUE L 306/14 DE 23 de noviembre de 2010.

[33]García de Cortázar, C.:"Coordinación de los Regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y países de Euromed", *Comité Económico y Social Europeo*, 2016, p.23

> como trabajador por cuenta ajena con arreglo a dicha legislación. Como indica DOÑORO DE LOS RÍOS[34], la legislación argelina aplicable es la Ley 1990/01, de 21 de abril de 1990, "que ha sufrido muchos y constantes cambios para ir adaptándose al nuevo marco legal argelino de economía de mercado". Su artículo 2 contiene la definición de trabajador asalariado en términos muy similares al artículo 1.1 Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores español: a los efectos de la presente ley, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena todas las personas que presten un trabajo manual o intelectual a cambio de una remuneración en el marco de la organización y por cuenta de otra persona física o jurídica, pública o privada, denominada en lo sucesivo empresario.

Por tanto, la primera conclusión que podría alcanzarse es que para el artículo 68.1 del Acuerdo de Asociación el concepto de trabajador es un concepto de Seguridad Social respecto de los Estados en los que el Derecho de la UE resulta aplicable. Mientras que respecto a la aplicación del Acuerdo en Argelia el concepto de trabajador se identifica con el concepto laboral de trabajador asalariado.

No obstante, y al margen de que como se ha indicado el Proyecto de Decisión no ha pasado de ser eso, un proyecto, hay que tener muy presente la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, especialmente la cuestión prejudicial Echouikh[35] que versó sobre el artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación con Marruecos cuya redacción es plenamente coincidente con el artículo 68.1 del Acuerdo de Asociación con Argelia y por tanto aplicable analógicamente.

En este caso, el litigio versó sobre la aplicación del Código francés de pensiones militares de invalidez y de las víctimas de guerra puesto que el litigante (de nacionalidad marroquí) había servido en el ejército francés quince años.

Expresamente el *comisare du gouvernement* ante el órgano jurisdiccional remitente defendió que, puesto que el litigante "ya no forma parte del Ejército francés, no puede invocar con provecho el Acuerdo de Asociación, dado que sólo los trabajadores de nacionalidad marroquí «empleados» en el territorio del Estado miembro de acogida entran dentro del ámbito del artículo 64 (67 en el Acuerdo con Argelia) y que esta

[34]Doñoro de los Ríos, J.A.:"Legislación laboral en Argelia en 2021", Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Argel, *ICEX España Exportación e Inversiones*, Argel, 2021, p.4.

[35]Auto del TJUE d 13 de junio de 2006, -336/05, (Echouikh), ECLI:EU:C:2006:394: "en virtud del artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado, remitiéndose a la jurisprudencia aplicable".

expresión significa que el interesado debe ejercer una actividad profesional por cuenta ajena".

Sin embargo, el Tribunal de Justicia al resolver la cuestión prejudicial favorablemente a los intereses del Sr. Echouikh omite entrar en el debate de si el militar puede considerarse o no trabajador por cuenta ajena a los efectos del artículo 64 del Acuerdo de Asociación con Marruecos (Artículo 67 del Acuerdo de Asociación con Argelia) y tras constatar el efecto directo del derecho a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social analiza el concepto de trabajador a efectos del artículo 65 del Acuerdo con Marruecos (artículo 68 en el Acuerdo con Argelia) y concluye, reiterando una sólida jurisprudencia, que a estos efectos "comprende tanto a los trabajadores en activo como a los que han abandonado el mercado de trabajo después de haber alcanzado la edad necesaria para disfrutar de una pensión de vejez o después de haber sido víctimas de una de las contingencias que dan derecho a prestaciones con arreglo a otras ramas de la seguridad social".

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podemos concluir que la aplicación del derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social (68.1 Acuerdo con Argelia) no está subordinada a que el beneficiario haya de ser "trabajador empleado". Es decir, la aplicación del artículo 68 del Acuerdo de Asociación con Argelia es independiente y separada de la aplicación del artículo 67 del mismo cuerpo legal.

VI. COORDINACION LIMITADA ENTRE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ESTADOS EN LOS QUE SE APLICA EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y ARGELIA

Los artículos 68 a 71 del Acuerdo de Asociación "prevén la coordinación de los sistemas de seguridad social de Argelia y de los Estados miembros con arreglo a los principios establecidos en el artículo 68 del mismo"[36]. De la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo podemos inferir que la coordinación no restringe la competencia de los Estados miembros para regular sus sistemas de Seguridad Social, que siguen subsistiendo con todas sus peculiaridades y divergencias de procedimiento. Tampoco implica armonizar ni mucho menos unificar los diferentes sistemas de Seguridad Social que sean objeto de coordinación.

A decir verdad, la aplicación de las normas comunitarias de coordinación de regímenes de Seguridad Social en Argelia no es ninguna novedad introducida por el

[36]Primer Considerando del Proyecto de Decisión del Consejo de Asociación de 23 de noviembre de 2010. DOUE L 306/15 ES.

Acuerdo de Cooperación de 1976 ni por el Acuerdo de Asociación. Y es que en la versión original del Anexo A del Reglamento 3/58 de coordinación de regímenes de Seguridad se incluía a Argelia como colonia francesa que era en aquella época. Y aunque el país alcanzó su independencia el 1 de julio de 1962, sólo a partir del 19 de enero de 1965 la referencia a Argelia se eliminó del citado Anexo del Reglamento 3/58 mediante el Reglamento 109/65. Sobre dicho Anexo se pronunció el Tribunal de Luxemburgo en las sentencias Fiège[37] y Hirardin[38]: en la primera afirmó que Francia había de respetar los derechos adquiridos en Argelia antes del 19 de enero de 1965. Y en la segunda concluyó que, ni la legislación francesa ni el convenio bilateral Franco-Argelino, pueden derogar las disposiciones de la Comunidad prohibiendo toda discriminación entre los trabajadores de los Estados miembros.

Por lo que al artículo 68 del Acuerdo de Asociación se refiere, observamos que sus apartados segundo, tercero y cuarto dicen:

> 2. *"Dichos trabajadores se beneficiarán de la totalización de los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en los diferentes Estados miembros, en lo que respecta a las pensiones y rentas de vejez, invalidez y supervivencia, las prestaciones familiares, las prestaciones por enfermedad y maternidad, así como de la asistencia sanitaria para ellos mismos y su familia residente en la Comunidad.*
>
> *3. Estos trabajadores se beneficiarán de las prestaciones familiares por los miembros de su familia que residan en la Comunidad.*
>
> *4. Estos trabajadores se beneficiarán de la libre transferencia hacia Argelia, a los tipos aplicados en virtud de la legislación del Estado miembro o los Estados miembros acreedores, de las pensiones y rentas de vejez, supervivencia y accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como de invalidez en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, con excepción de las prestaciones especiales de carácter no contributivo".*

Es evidente que el Acuerdo de Asociación, al igual que el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, se basan en los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, totalización y supresión de cláusulas de residencia, que son elementos propios de la técnica de la coordinación de sistemas de Seguridad Social.

---

[37]STJCE de 10 de octubre de 1973, -110/73, (Fiege), ECLI:EU:C:1973:"el Anexo A del Reglamento nº 3 implica que las instituciones francesas deben respetar los derechos adquiridos en Argelia antes del 19 de enero de 1965".

[38]STJCE de 8 de abril de 1976, -112/75, (Hirardin), ECLI:EU:C:1976:60.

El principio de no discriminación es inherente a la idea de coordinación de los regímenes de Seguridad Social que pretende evitar la discriminación basada en la nacionalidad y superar la confrontación de ordenamientos jurídicos cuando se trate de reclamar prestaciones sometidas a períodos de espera[39].

Respecto al principio de totalización hay que señalar que cuando el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social esté subordinado por el Derecho nacional al cumplimiento de períodos de actividad profesional, empleo o residencia es esencial para los trabajadores migrantes que se arbitren mecanismos que impidan que, por el simple hecho de haber ejercido una actividad en diversos Estados se vean mermados los derechos en materia de Seguridad Social adquiridos, o en curso de adquisición, bajo la legislación de uno o varios Estados miembros. Para evitar este efecto adverso es necesario que los períodos cumplidos bajo diferentes sistemas de Seguridad Social puedan tomarse en consideración para el reconocimiento de la prestación reclamada[40].

Por lo que respecta la supresión de las cláusulas de residencia[41] (también conocida como principio de exportación de prestaciones) ésta conlleva la prohibición de reducción, suspensión, modificación, supresión o confiscación de una prestación económica de Seguridad Social por el mero hecho de que la persona beneficiaria haya fijado su residencia en un Estado miembro distinto del que radica la institución deudora.

Si confrontamos el artículo 68.2 con el artículo 68.4 del Acuerdo de Asociación con Argelia se observa que el elenco de prestaciones a las que se le aplicará el principio de totalización es más extenso que a las que se les aplica el principio de exportación de prestaciones, que se restringe a las pensiones (excluyéndose las prestaciones de carácter temporal).

Expresamente el artículo 68.4 del Acuerdo excluye de la posibilidad de exportación a las prestaciones especiales no contributivas. Para interpretar este último concepto es imprescindible remitirse al artículo 70 del Reglamento 883/2004 que establece que el mismo "se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social". Al tratarse "de una las disposiciones

[39]Cfr. Voirin, M.:"Welche Gemeinschaftsmaβnahmen im Hinblick auf 1993?", *Internationale Revue für Soziale Sicherheit*, nº 1-2, 1991; p.52.

[40]Cfr. Rojas Castro, M.:"Derecho Comunitario Social. Guía de Trabajadores Migrantes", *Comares*, Granada, 1993; p.97.

[41]Artículo 7 del Reglamento 883/2004.

que suponen una excepción al principio de la exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social han de interpretarse en sentido estricto"[42].

Las prestaciones especiales no contributivas son notificadas por los gobiernos en el Anexo X del Reglamento 883/2004. Se da la circunstancia que España no ha notificado en dicho Anexo el Ingreso Mínimo Vital.

1. Concepto de Seguridad Social a efectos del artículo 68 del Acuerdo de Asociación

Seguridad Social es un término dotado de diferente contenido y alcance según se trate del ámbito nacional, de la Unión Europea o del Derecho internacional.

Por lo que al Acuerdo de Asociación con Argelia se refiere, su artículo 68.1, segundo párrafo, proclama que la "*noción de seguridad social cubre los aspectos de la seguridad social que se refieren a las prestaciones de enfermedad y maternidad, las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, los subsidios por defunción, las prestaciones por desempleo y las prestaciones familiares*".

Comprobamos cómo el ámbito de aplicación material enunciado en este último precepto coincide plenamente con el artículo 4.1 del Reglamento 1408/71 de coordinación de regímenes de Seguridad Social, que fue sustituido por el vigente Reglamento 883/2004 cuyo ámbito de aplicación material, sin embargo, es más extenso[43]. Y es que éste último también incluye dentro de su ámbito de aplicación a las prestaciones de paternidad asimiladas[44] y a las prestaciones de prejubilación.

[42]Considerando nº 37 del Reglamento 883/2004.

[43]Artículo 3 Reglamento 883/2004: Campo de aplicación material. 1. El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con: a) las prestaciones de enfermedad; b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; c) las prestaciones de invalidez; d) las prestaciones de vejez; e) las prestaciones de supervivencia; f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; g) los subsidios de defunción; h) las prestaciones de desempleo; i) las prestaciones de prejubilación; j) las prestaciones familiares.

[44]García de Cortázar, C.:"El Ámbito de Aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 64, 2006, p.64:"aunque parezca lo contrario, lo de la paternidad no es cubrir el expediente en aras al principio de igualdad de trato. Realmente las prestaciones de paternidad se están imponiendo en Europa para conseguir una mayor conciliación entre la vida personal y laboral. Sin embargo, su naturaleza jurídica parece acercarse más a las prestaciones familiares que a las prestaciones de enfermedad y de maternidad".

2. ¿Es aplicable el Acuerdo de Asociación a todas las prestaciones coordinadas por el Reglamento 883/2004?

En principio la respuesta debiera ser negativa, pues de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad se predicó que no resultaban aplicables indiscriminadamente respecto a cualquier contingencia de Seguridad Social, sino tan sólo a las taxativamente listadas[45]. Por ello, la misma solución habría que aplicar al Acuerdo de Asociación con Argelia.

Sin embargo, en este punto hemos de volver la mirada, una vez más al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recordar el caso de las prestaciones por dependencia a las que se les ha aplicado el Reglamento 1408/71 desde la sentencia Molenaar[46], seguida por otras muchas[47], pese a que no estaban mencionadas entre el listado de contingencias coordinadas. Tampoco la prestación por dependencia está actualmente listada en el artículo 3 del Reglamento 883/2004, pero no hay duda de que está coordinada por el mismo (artículo 34 Reglamento 883/2004)[48].

Retomando la cuestión de si el listado de riesgos sociales coordinados por el Acuerdo de Asociación con Argelia en su artículo 68.1, segundo párrafo, es lista abierta y en el mismo pudieran actualmente incluirse todas las prestaciones a las que el Reglamento 883/2004 es aplicable nos decantamos por una respuesta afirmativa porque de la jurisprudencia del TJUE[49] podemos inferir que el Tribunal no se ha ceñido a la letra del artículo 68 del Acuerdo con Argelia para determinar si el mismo resulta aplicable a una prestación en litigio. Por el contrario, para determinar si el Acuerdo era aplicable a una concreta prestación de Seguridad Social el criterio hermenéutico ha sido verificar si a esa prestación le era de aplicación en el momento de su solicitud el Reglamento de

[45]Ramírez, J.M.:"La Seguridad Social en la CEE", *Centro de Documentación Europea; El Espacio Social Europeo. Universidad de Valladolid,* Lex Nova, Valladolid, 1991, p.131.

[46]STJUE de 5 de marzo de 1998, -160/96, (Molenaar), ECLI:EU:C:1998:84.

[47]SSTJUE de 8 de marzo de 2001, -215/99, (Jauch), ECLI:EU:C:2001:139; de 8 de julio de 2004, asuntos acumulados -502/01 y 31/02, (Gaumain-Cerri y Barth), ECLI:EU:C:2004:413; de 21de febrero de 2006, -286/2003, (Hosse), ECLI:EU:C:2006:125; de 1 de abril de 2008, -212/06, (Gouvernement de la Communauté française), ECLI:EU:C:2008:178.

[48]Respecto al motivo por el cual no ha sido esta contingencia objeto de una regulación específica, cfr. García de Cortázar y Nebreda, C.:"El Ámbito de Aplicación del Reglamento 883/2004", Op. cit., p.64:"el Consejo se planteó la posibilidad…el fracaso fue total por lo que se decidió continuar la senda emprendida por el Tribunal aceptándose únicamente un nuevo artículo (artículo 34 Reglamento 883/2004) para la acumulación de prestaciones asistenciales de duración indeterminada, eufemismo éste que pretende evitar denominar las cosas por su nombre, o lo que es lo mismo, que aparezca el término "prestaciones de dependencia".

[49]STJUE de 20 de abril 1994, -58/93, (Yousfi), ECLI:EU:C:1994:160: "el término Seguridad Social debe entenderse de la misma forma que el concepto idéntico que aparece en el Reglamento 1408/71".

coordinación, y ello, aunque la inclusión de la prestación en litigio en el campo de aplicación del Reglamento hubiera sido posterior a la adopción del Reglamento 1408/71.

A estos efectos, puede traerse a colación la sentencia Babahenini [50] en la que el Tribunal dictaminó que el concepto de Seguridad Social del Acuerdo de Cooperación con Argelia había de interpretarse de la misma forma que el concepto idéntico que aparece en el Reglamento 1408/71. Y, por tanto, dicho precepto se aplicaba la prestación litigiosa porque "después de su modificación por el Reglamento 1247/92 el Reglamento 1408/71 menciona expresamente, en la letra b) del apartado 2 bis de su artículo 4 las prestaciones destinadas a asegurar únicamente la protección específica de los minusválidos". La misma conclusión alcanzó el Tribuna en la sentencia Krid[51]. Es decir, que vigente el Reglamento 1408/71, el Tribunal de Justicia mantuvo que el concepto de Seguridad Social a los efectos del Reglamento y de los Acuerdos con los países del Mabreb se había de interpretar del mimo modo.

A mayor abundamiento, en la sentencia Kziber, relativa al Acuerdo de Asociación con Marruecos pero plenamente extrapolable a Argelia, y que versó sobre una prestación transitoria para jóvenes desempleados, el Tribunal resolvió que "el hecho de que el apartado 2 del artículo 41 del Acuerdo, al contrario del citado Reglamento 1408/71, no mencione las prestaciones de desempleo entre los regímenes a los que se aplica la totalización de los períodos de seguro, tiene importancia únicamente para la cuestión de la totalización, pero no puede por sí solo, de no existir una intención de las Partes Contratantes manifestada claramente, hacer que se admita que estas últimas hayan querido excluir del concepto de Seguridad Social, en el sentido del Acuerdo, las prestaciones de desempleo, consideradas tradicionalmente como una rama de la Seguridad Social"[52].

Aunque no se ha planteado aún ningún caso ante el Tribunal de Luxemburgo sobre la interpretación del concepto de Seguridad Social en los Acuerdos de Asociación con el Magreb tras la entrada en vigor del Reglamento 883/2004 consideramos que, llegado el caso, el Tribunal mantendría su interpretación extensiva de Seguridad Social.

[50]STJUE de 15 de enero de 1998, -113/97, (Babahenini), ECLI:EU:C:1998:13: el artículo 39.1 del Acuerdo de Cooperación "se opone a que un Estado miembro se niegue a conceder una prestación como la correspondiente a los minusválidos, establecida por su legislación en favor de los nacionales que tengan su residencia en dicho Estado, con independencia del ejercicio de una actividad por cuenta ajena, a la esposa minusválida de un trabajador argelino jubilado, la cual reside con su marido en el Estado miembro interesado, por el motivo de tener la nacionalidad argelina y no haber ejercido nunca una actividad profesional".

[51]STJUE de 5 de abril de 1995, -103/94, (Krid), ECLI:EU:C:1995:97:"aun cuando, antes de su modificación por el Reglamento 1247/92, el Reglamento 1408/71 no mencionaba específicamente, entre las ramas de la Seguridad Social a las que se aplica, la relativa a prestaciones como el subsidio complementario del FNS, dicho subsidio estaba comprendido, no obstante, en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71".

[52]STJCE de 31 de enero de 1991, -18/90, (Kziber), ECLI:EU:C:1991:36.

Consecuentemente, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad ha de abarcar a todas las prestaciones actualmente coordinadas por el Reglamento 883/2004 y las que puedan serlo en el futuro.

VII. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y EFECTO DIRECTO DEL ARTÍCULO 68 DEL ACUERDO ASOCIACIÓN

Proclama el artículo 68.1, primer párrafo, que "sin perjuicio de las disposiciones de los apartados siguientes, los trabajadores de nacionalidad argelina y los miembros de su familia que residan con ellos se beneficiarán en el campo de la seguridad social de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier tipo de discriminación por razones de nacionalidad respecto de los nacionales de los Estados miembros en los que estén empleados".

Este precepto está redactado en términos idénticos al artículo 39.1 del Acuerdo de Cooperación CEE-Argelia respecto el cual el Tribunal de Luxemburgo dictaminó en las sentencias Krid"[53] y Babahenini[54] que dicho precepto establece "en términos claros, precisos e incondicionales, la prohibición de discriminar, por razón de la nacionalidad, a los trabajadores de nacionalidad argelina y a los miembros de su familia que residan con ellos, en el sector de la Seguridad Social. Y contiene una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a ningún acto ulterior".

Puesto que la redacción del artículo 39.1 del Acuerdo de Cooperación con Argelia es idéntica a la del artículo 41.1 de Tratado de Asociación con Marruecos no es extraño que el Tribunal de Justicia alcanzara la misma conclusión en las sentencias Kziber[55], Yousfi[56] y Hallouzi-Choho[57] respecto a los trabajadores marroquís. Exégesis que se reitera en el asunto Echouikh respecto al Acuerdo de Asociación con Marruecos.

A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta la identidad de contenido entre el artículo 39.1 del Acuerdo de Cooperación con Argelia y el artículo 68 del Acuerdo de Asociación con el citado país, y que los objetivos perseguidos por este último son la prolongación directa de aquellos que sirvieron de fundamento al Acuerdo de Cooperación, no cabe dudar del efecto directo de la prohibición de discriminación contenida en el citado artículo 68.

---

[53]STJUE de 5 de abril de 1995, -103/94, (Krid), ECLI:EU:C:1995:97.

[54]STJUE de 15 enero de 1998, -113/97, (Babahenini), ECLI:EU:C:1998:13.

[55]STJCE de 31 de enero de 1991, -18/90, (Kziber), ECLI:EU:C:1991:36.

[56]STJUE de 20 de abril de 1994, -58/93, (Yousfi), ECLI:EU:C:1994:160.

[57]STJUE de 3 de octubre de 1996, -126/95, (Hallouzi-Choho), ECLI:EU:C:1996:368.

1. Derecho a la no discriminación y su aplicación a los familiares de los trabajadores migrantes

El artículo 68.1 del Acuerdo de Asociación consagra rotundamente el derecho de los miembros de la familia de los trabajadores argelinos a beneficiarse "en el campo de la Seguridad Social de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier tipo de discriminación por razones de nacionalidad respecto de los nacionales de los Estados miembros en los que estén empleados". La redacción no resulta novedosa porque coincide con la del artículo 39.1 del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europa y Argelia de 1976.

2. Concepto de familiares

Sobre el concepto de miembro de la familia, el Proyecto de Decisión del Consejo de Asociación anexo a la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 dispone en su artículo 1.f) lo siguiente: A los efectos de la presente Decisión, se entenderá por miembro de la familia:

> "A efectos de la legislación de un Estado miembro: un miembro de la familia con arreglo al artículo 1, letra i), del Reglamento (883/2004).
>
> ii) A efectos de la legislación de Argelia, un miembro de la familia con arreglo a dicha legislación".

Pero como se ya se indicó, el proyecto de Decisión no ha llegado a cristalizar por lo que no tiene eficacia jurídica.

A efectos prácticos resulta más útil la sentencia Youssfi en la que el Tribunal de Justicia especificó que "el concepto de miembros de la familia no se refiere únicamente al cónyuge y los descendientes del trabajador migrante, sino también a las personas que tienen con éste una estrecha relación de parentesco, tales como en particular sus ascendientes, incluso por afinidad. De hecho, "en dicha disposición no figura ningún indicio que pueda hacer pensar que el alcance del concepto de miembros de la familia se limita a los parientes consanguíneos del trabajador"[58].

Ahora bien, el miembro de la familia sólo podrá invocar el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad en la medida en que el trabajador migrante con el que resida ostente la nacionalidad argelina.

[58]STJUE de 20 de abril de 1994, -58/93, (Yousfi), ECLI:EU:C:1994:160.

Para los casos de doble nacionalidad del trabajador será aplicable, analógicamente, la sentencia Mesbah[59] en la que el Tribunal falló que: "en el caso de un trabajador migrante de nacionalidad marroquí que ha adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida antes de la fecha en que un miembro de su familia empezó a residir con él en dicho Estado miembro y solicitó la concesión de una prestación de la Seguridad Social en virtud de la legislación de ese Estado, dicho miembro de su familia no puede basarse en el Acuerdo para invocar la nacionalidad marroquí del trabajador a fin de acogerse al principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social consagrado por dicha disposición".

3. El status jurídico privilegiado de los familiares de los trabajadores argelinos

Al día de hoy y tras una oscilante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, los familiares y derechohabientes de los trabajadores nacionales de Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea no pueden invocar todos los derechos reconocidos en el Reglamento 883/2004, sino que solo pueden beneficiarse de aquellos derechos que les fueran reconocidos en su condición de miembros de la familia o supervivientes de un trabajador (derechos derivados). Así se dictaminó, entre otras, en la cuestión prejudicial Deak en la que el Tribunal de Luxemburgo negó el derecho del hijo húngaro residente en Bélgica junto a su madre -trabajadora italiana-, a la prestación por desempleo belga puesto ni el hijo ostentaba la nacionalidad de un Estado miembro ni tampoco las prestaciones por desempleo pertenecen al tipo de prestaciones abonables a los miembros de la familia. A este segundo grupo pertenecen los subsidios familiares y las prestaciones por muerte y supervivencia.

Sin embargo, y respecto a los familiares argelinos la tesis que se defiende es que son de mejor Derecho que los de los trabajadores nacionales de Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea, puesto que pueden invocar el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad no solo respecto a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de su condición de familiares o derechohabientes sino con respecto a cualquier tipo de prestación social[60].Y ello en base a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que ha destacado que el ámbito de aplicación de los Acuerdos de Cooperación y Asociación con los países del Magreb difiere del ámbito de aplicación personal de los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social por lo que "la jurisprudencia que hace una distinción entre los derechos derivados y los

[59]STJUE de 11 de noviembre de 1999, -179/98, (Mesbah), ECLI:EU:C:1999:549

[60]Sánchez-Rodas Navarro, C.: La Residencia en España desde el Prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", *Thomson-Aranzadi*, Pamplona, 2014, pp.52-55.

derechos propios de los miembros de la familia del trabajador migrante en el marco del Reglamento no puede ser aplicada en el marco del Acuerdo[61].

Por tanto, los familiares de los trabajadores argelinos podrán reclamar en los Estados donde se aplique el Derecho de la Unión Europea el reconocimiento de una prestación aunque se califique a nivel de derecho interno como un derecho propio y no derivado[62].

VIII. APLICACIÓN A LOS TRABAJADORES ESPAÑOLES DE LAS DISPOSICIONES DE LOS CONVENIOS BILATERALES SUSCRITOS CON ARGELIA POR BÉLGICA Y FRANCIA

Dispone el artículo 71 del Acuerdo de Asociación que "*las disposiciones adoptadas por el Consejo de Asociación de conformidad con el artículo 70 no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de los acuerdos bilaterales existentes entre Argelia y los Estados miembros, en la medida en que éstos prevean un régimen más favorable en beneficio de los nacionales argelinos o de los nacionales de los Estados miembros*".

A diferencia de Marruecos, con el que España tiene un convenio bilateral de Seguridad Social en vigor, no existe convenio de Seguridad Social con Argelia. De hecho, solo dos Estados de la UE (Bélgica y Francia) tienen suscrito convenio bilateral de Seguridad Social con ese país.

A la vista de las consideraciones anteriores aparentemente sería lógico pensar que lo previsto en el citado artículo 71 no podría nunca ser invocado por trabajadores españoles.

Sin embargo, tempranamente, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976 (Hirardin)[63] se calificó de contrario al derecho a la libre circulación de trabajadores el no aplicar el convenio bilateral de Seguridad Social entre Francia y Algeria de 19 de enero de 1965 a quien no siendo ciudadano francés ostenta la nacionalidad de un Estado miembro y ha trabajado en Francia y en Algeria indicándose expresamente que el convenio bilateral no puede derogar las previsiones comunitarias que prohíben todas las discriminaciones entre trabajadores de los Estados miembros.

A mayor abundamiento, en la sentencia Gottardo[64] el Tribunal de Luxemburgo falló que "las autoridades de Seguridad Social competentes de un primer Estado deben

[61]SSTJUE de 3 de octubre de 1996, -126/95, (Hallouzi-Choho), ECLI:EU:C:1996:368; de 15 de enero 1998, -113/97, (Babahenini), ECLI:EU:C:1998:13; y de 12 de marzo de 1998, -314/96, (Ourdia Djabali), ECLI:EU:C:1998:104.

[62]STJUE de 15 de enero 1998, -113/97, (Babahenini), ECLI:EU:C:1998:13; y de 12 de marzo 1998, -314/96, (Ourdia Djabali), ECLI:EU:C:1998:104

[63]STJCE de 8 de abril de 1976, 112-75, (Hirardin), ECLI:EU:C:1976:60.

[64]STJUE de 15 de enero 2002, -55/00, (Gottardo), ECLI:EU:C:2002:16.

computar los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales". El Tribunal consideró que "cuando un Estado miembro celebra con un tercer Estado un Convenio internacional bilateral de Seguridad Social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho tercer Estado para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga al Estado miembro en cuestión a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutan sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación".

Por su parte, el 19 de junio de 2013, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes adoptó la vigente Recomendación H[65] "relativa a la jurisprudencia Gottardo, según la cual deben concederse a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros las mismas ventajas de que disfrutan los trabajadores nacionales de un Estado miembro en virtud de un Convenio bilateral de Seguridad Social que este haya celebrado con un tercer Estado.

Cabe concluir, pues que trabajadores españoles que hayan trabajado en Argelia y en alguno de los Estados de la Unión Europea que tienen convenio de Seguridad Social con Argelia (Bélgica y Francia) se beneficiarán de las previsiones contenidas en dichos instrumentos bilaterales internacionales.

IX. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN CON ARGELIA

Aunque hasta la fecha no se haya dictado una sentencia del TEDH que tenga por objeto el Acuerdo entre la Comunidad Europa y Argelia, por analogía, sí puede traerse a colación el caso Dhahbi contra Italia[66] puesto que el litigio versa sobre la vulneración del artículo 65 del Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Europea y Turquía. Y la redacción del citado artículo y el artículo 68 del Acuerdo de Asociación con Algeria es idéntico.

[65]Esta Recomendación tiene como fundamento legal los apartados a) y c) del artículo 72 del Reglamento 883/2004 y fue publicada el 27 de septiembre de 2013 en el Diario Oficial de la Unión Europea C 279/13. Dicha Recomendación de 2013 derogó a la Recomendación P1 de 12 de junio 2009, fundada en los apartados a) y c) del artículo 72 del Reglamento 883/2004 y su contenido coincide fielmente con la Recomendación de la Comisión Administrativa nº 22 de 18.6.2003 que fue adoptada al amparo del artículo 81 del Reglamento 1408/71.

[66]STEDH de 8 de abril 2014, *Dhahbi contra Italia*, [TEDH 2014, 15].

El Sr. Dhahbi, de nacionalidad tunecina reclamaba el abono de una prestación familiar que la legislación nacional reconocía solo a ciudadanos italianos. Desestimada su pretensión en vía administrativa, ante el Tribunal de Casación pidió que se planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de justicia de la Unión Europea sobre si el artículo 65 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Turquía permitía una discriminación por razón de la nacionalidad.

El demandante alega que el Tribunal de casación ignoró su demanda de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para la interpretación del Acuerdo con Turquía. Invoca vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que dispone:"toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, por un tribunal…, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)". Y es que, no siendo sus decisiones susceptibles de recurso judicial interno, el Tribunal de casación tenía la obligación de motivar su rechazo a plantear la cuestión prejudicial vistas las excepciones previstas por la jurisprudencia del TJUE.

El Tribunal de Estrasburgo examinó la sentencia del Tribunal de casación de 15 de abril de 2008 sin encontrar ninguna referencia a la petición de remisión prejudicial formulada por el demandante y las razones por las que se consideraba que la cuestión planteada no merecía ser enviada al TJUE. Los motivos de la sentencia en cuestión no permiten establecer, por tanto, si esta cuestión fue considerada irrelevante, o como relativa a una disposición clara o ya interpretada por el TJUE, o si simplemente fue ignorada.

No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha declarado que la concesión de una prestación por familia numerosa, permite al Estado "testimoniar su respeto por la vida familiar en el sentido del artículo 8", y entra dentro del campo de aplicación de esta disposición. El objeto de la demanda, por tanto, cae bajo la influencia del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y es de aplicación el artículo 14 del citado Convenio.

En opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el demandante fue tratado de forma diferente con respecto a los trabajadores de la Unión Europea exclusivamente por el criterio de su nacionalidad. El Tribunal recuerda que "solo consideraciones muy graves pueden llevarle a considerar compatible con el Convenio una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad. En estas circunstancias, y a pesar del amplio margen de apreciación del que gozan las autoridades nacionales en materia de seguridad social, el argumento invocado por el Gobierno no es suficiente para convencer al Tribunal de la existencia en el presente asunto, de un nexo razonable de proporcionalidad que otorgaría a la distinción alegada la conformidad con las exigencias del artículo 14 del Convenio".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló que había habido violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Mutatis mutandi, hay que concluir que no plantear una cuestión prejudicial por parte de un tribunal nacional ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre la interpretación del Tratado de Asociación entre la Comunidad Europea y Algeria podrá constituir una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

X. A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA Y EL REGLAMENTO 1231/2010 ¿QUÉ OPERATIVIDAD TIENE EL ACUERDO DE ASOCIACION CON ARGELIA EN ESPAÑA?

Los extranjeros que residen y trabajan legalmente en España tienen derecho a acceder a las prestaciones contributivas y no contributivas españolas de Seguridad Social en igualdad de condiciones que los nacionales, conforme al artículo 14 de la Ley Orgánica de Extranjería.

Por su parte, el Reglamento 1231/2010 extiende las disposiciones del Reglamento 883/204 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social a los nacionales de Terceros Estados que, debido únicamente a su nacionalidad, no estuvieran incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado Miembro y siempre que su situación no esté circunscrita en todos sus aspectos al interior de un solo Estado miembro.

Como se indica en el Considerando nº 10 del Reglamento 1231/2010 la aplicación del Reglamento 883/2004 a estas personas no les concede ningún derecho de entrada, estancia o residencia ni tampoco acceso al mercado laboral en un Estado miembro. Ni afecta, consecuentemente, a la potestad de los Estados miembros de denegar o retirar un permiso de entrada, estancia, residencia o trabajo en su territorio, o de denegar la renovación de tales permisos de conformidad con el Derecho de la Unión Europea.

A la vista de las consideraciones anteriores, y puesto que el derecho a las prestaciones de Seguridad Social (contributivas y no contributivas) ya está garantizado por la legislación española a los trabajadores argelinos que se encuentren legalmente en España de una parte, y conforme al Reglamento 1231/2010, de otra parte, los trabajadores argelinos podrían totalizar y exportar prestaciones dentro del territorio de la Unión Europea hay que preguntarse qué papel juega entonces hoy en día el Tratado de Asociación con Argelia en España.

La respuesta es que el Acuerdo de Asociación sigue desempeñando un papel singular ya que no existe convenio de Seguridad Social entre España y Argelia que regule la exportación de prestaciones de Seguridad Social.

Y por lo que se refiere al Reglamento 1231/2010 éste no es de aplicación cuando el trabajador argelino ha estado sometido únicamente a la legislación española (Considerando nº 12 del citado Reglamento). Pero, incluso aunque el trabajador argelino haya estado sometido a la legislación de más de un Estado en el que el Reglamento 883/2004 resulte aplicable, el Reglamento 1231/2010 no regula la exportación de las prestaciones a Argelia.

En conclusión, que es el Tratado de Asociación entre la Comunidad Europea y Argelia el único instrumento que garantizará al trabajador argelino su derecho a cobrar prestaciones de Seguridad Social en Argelia por los períodos cotizados en un Estado en el que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable cuando no exista convenio bilateral de Seguridad Social que tal derecho reconozca.

A mayor abundamiento, el Tratado de Asociación tal y como es interpretado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo reconoce el derecho a la no discriminación de los familiares y derechohabientes del trabajador argelino en el ámbito de la Seguridad Social sin que proceda, a estos efectos, diferenciar entre derechos “propios” o “derivados” en su condición de familiares.

XI. CONCLUSIONES

A efectos del artículo 67 del Tratado de Asociación entre la Comunidad Europea y Argelia el término trabajador tiene un significado “laboral” mientras que a efectos del artículo 68 estamos ante un concepto de “Seguridad Social” por lo que la exégesis del término trabajador difiere de un precepto a otro.

El artículo 67.1 del Acuerdo de Asociación con Argelia tiene efecto directo y puede ser invocado por los trabajadores ante los tribunales nacionales de un Estado miembro sin necesidad de ulterior desarrollo. Asimismo, tiene efecto directo la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social.

Los familiares de los migrantes ciudadanos de los Estados miembros sólo pueden invocar el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad respecto a las prestaciones familiares y aquellas otras que no estén vinculadas a la condición de trabajador. Por el contrario, los familiares y derechohabientes de los trabajadores argelinos pueden reclamar el citado derecho a la no discriminación con respecto a cualquier prestación de Seguridad Social, incluso respecto de aquellas que no les sean reconocidas en su calidad de miembros de la familia.

Los trabajadores españoles que hayan trabajado en Argelia y en alguno de los Estados de la Unión Europea que tienen convenio de Seguridad Social con Argelia (Bélgica y Francia) se beneficiarán de las previsiones contenidas en dichos instrumentos bilaterales internacionales.

En defecto de convenio bilateral de Seguridad Social, el Tratado de Asociación entre la Comunidad Europea y Argelia es el único instrumento que garantizará al trabajador argelino su derecho a cobrar prestaciones de Seguridad Social en Argelia por los períodos cotizados en Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable.

No formular una cuestión prejudicial por parte de un tribunal nacional ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre la interpretación del Tratado de Asociación entre la Comunidad Europea y Algeria podrá constituir una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

INCIDENCIA DEL CRITERIO DE RESIDENCIA FISCAL EN EL ÁMBITO DE LA IMPOSICIÓN PERSONAL DEL TELETRABAJADOR

Por

MONTSERRAT CASANELLAS CHUECOS
Profesora agregada de la Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona

montse_casanellas@ub.edu

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto de estudio el análisis de los criterios de sujeción a las normas tributarias y su impacto en la tributación de las retribuciones recibidas por el teletrabajador, dentro y fuera de territorio español. Este análisis se realiza tomando en especial consideración el contenido de los convenios de doble imposición internacional firmados por el Estado español, así como los recientes criterios administrativos y jurisprudenciales sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: Teletrabajo; residencia; territorialidad; fiscalidad internacional; imposición personal.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CRITERIOS DE SUJECIÓN A LAS NORMAS TRIBUTARIAS.- III. DETERMINACIÓN DEL ESTADO COMPETENTE PARA GRAVAR LOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO OBTENIDOS POR EL TELETRABAJADOR. 1. La residencia fiscal como criterio de sujeción de las rentas obtenidas mediante la realización de teletrabajo en un Estado. 2. La territorialidad como criterio de sujeción de las rentas obtenidas por el trabajo presencial efectivamente realizado en un Estado distinto al de la residencia.- IV. TRIBUTACIÓN DE LOS RENDIMIENTOS OBTENIDOS POR EL TELETRABAJADOR EN EL ÁMBITO DE SU IMPOSICIÓN PERSONAL. 1. Tributación del teletrabajador residente en territorio español. 1.1. Determinación de los rendimientos netos del trabajo personal sujetos a tributación en el IRPF del teletrabajador. 1.1.1. Entrega de equipos, medios y herramientas para el desarrollo del trabajo a distancia. 1.1.2. Compensación de gastos ocasionados por el teletrabajo. 1.1.3. Gastos deducibles para la determinación de los rendimientos netos del trabajo personal sujetos a tributación. 1.2. Exención por rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero (art. 7.p LIRPF). 1.3. Deducción por doble imposición internacional respecto a los rendimientos del trabajo obtenidos por trabajos realizados en el extranjero (art. 80 LIRPF). 2. Tributación del teletrabajador no residente en territorio español respecto a las rentas vinculadas a tareas efectivamente realizadas en España.- V. REFLEXIONES FINALES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

IMPACT OF THE TAX RESIDENCE RULE IN THE FIELD OF PERSONAL TAXATION OF TELEWORKERS

ABSTRACT: This article analyzes the tax rules subjection and their impact on the taxation of the remuneration received by the teleworker, inside and outside Spanish territory. This analysis is carried out taking into special consideration the content of the international double taxation

agreements signed by the Spanish State, as well as the recent administrative and jurisprudential criteria on the matter.

KEYWORDS: Telework; residence; territoriality; international taxation; personal taxation.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.- II. TAX RULES SUBJECTION.- III. DETERMINATION OF THE STATE COMPETENT TO TAX THE INCOME FROM WORK OBTAINED BY THE TELEWORKER. 1. Residence as a rule for the taxation of income obtained by teleworking in a State. 2. Territoriality as a rule for the taxation of income obtained by face-to-face work effectively carried out in a State other than the State of residence.- IV. TAXATION OF THE INCOME OBTAINED BY THE TELEWORKER IN THE FIELD OF HIS PERSONAL TAXATION. 1. Taxation of the teleworker resident in Spanish territory. 1.1. Determination of the net yields of the employment subject to taxation in the IRPF of the teleworker. 1.1.1. Delivery of equipment, means and tools for the development of the work at a distance. 1.1.2. Compensation of expenses caused by the teleworking. 1.1.3. Deductible expenses for the determination of the net yields of the employment subject to taxation. 1.2. Exemption for employment income received for work effectively carried out abroad (art. 7.p LIRPF). 1.3. Deduction for international double taxation with respect to employment income for work carried out abroad (art. 80 LIRPF). 2. Taxation of the non-resident teleworker in Spanish territory with respect to the income related to work effectively performed in Spain.- V. FINAL THOUGHTS.-VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización, la internacionalización de las empresas y, en los últimos tiempos, la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 son fenómenos que han contribuido, sin lugar a dudas, a la generalización y normalización del trabajo a distancia, del que el teletrabajo se configura como una subespecie que implica la prestación de servicios mediante el uso prevalente o exclusivo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación[1]. Tradicionalmente considerado como un mecanismo que contribuye a aportar a los trabajadores una mayor capacidad de autonomía y organización del tiempo de trabajo, a la vez que favorece la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en estos últimos años de pandemia se ha mostrado como un instrumento de gran eficacia para garantizar la prevención frente a posibles contagios y asegurar la continuación y mantenimiento de la actividad empresarial y profesional[2].

[1] El art. 2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, recoge las definiciones de trabajo a distancia y teletrabajo y configura este último como una categoría o concreción de aquel. En este sentido, el trabajo a distancia constituye una "*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en un lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular"*, mientras que el teletrabajo se configura como el "*trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación".*

[2] En este sentido se manifiesta la propia exposición de motivos de la Ley 10/2021, de 9 de julio, al firmar que *"Esta virtualización de las relaciones laborales desvincula o deslocaliza a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concretos, lo que sin duda trae consigo notables ventajas, entre otras, mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos; mayores posibilidades, en algunos casos, de una auto organización, con consecuencias positivas, en estos supuestos, para la conciliación de la vida personal familiar y laboral (…). De otro lado, la crisis sanitaria ha hecho que el trabajo a distancia se mostrara como el mecanismo más eficaz para*

Esta nueva forma de organización o realización del trabajo ha determinado que los trabajadores se establezcan, con un cierto carácter de permanencia, en un determinado territorio y se desplacen fuera o dentro de nuestras fronteras, con mayor o menor habitualidad y por períodos prolongados o esporádicos, para desempeñar algunas de sus labores profesionales. Tales circunstancias tienen una directa incidencia en la tributación que corresponde aplicar a las retribuciones recibidas en contraprestación al trabajo dependiente desarrollado por el teletrabajador, según se entienda realizado dentro o fuera de territorio español y en función de cuál sea el criterio de sujeción a las normas tributarias adoptado por los Estados. En este contexto, no es extraño que dos Estados quieran ejercer su soberanía fiscal sobre unas mismas rentas obtenidas por un mismo sujeto en un equivalente período temporal y, por tanto, que se produzcan situaciones de doble imposición internacional contrarias a los principios de justicia tributaria. O que dos Estados, en aplicación de su normativa interna, entiendan que un determinado sujeto es residente en ambos y, en consecuencia, busquen atraer hacia su jurisdicción el gravamen de la renta mundial de aquel. A este respecto, cobran una especial relevancia los Convenios de Doble imposición suscritos por España y el país en que el empleado es residente o bien en el que desarrolla parte de su trabajo, puesto que los mismos contienen las reglas de distribución de la soberanía fiscal respecto a las rentas obtenidas por el teletrabajador, previendo medidas tendentes a amortiguar o evitar situaciones fiscalmente lesivas provocadas por la movilidad internacional de aquellos y dotando de mayor seguridad jurídica la aplicación de los tributos que corresponde satisfacer al empleado afectado. Sin embargo, la aplicación de los criterios de sujeción a las normas tributarias y su concreción en las normas convencionales no está exenta de dificultades, lo que nos ha llevado a analizar su incidencia en relación a nuestro objeto de estudio en los apartados II y III del presente trabajo.

Asimismo, aunque la exponencial potencialidad del teletrabajo ha llevado al legislador a aprobar un texto normativo específico sobre la materia -la reciente Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia -, no se ha aprovechado la ocasión para efectuar una regulación íntegra del fenómeno tomando en consideración, junto a las cuestiones de índole laboral, los aspectos tributarios que afectan a las retribuciones y compensaciones que las empresas entregan a los teletrabajadores. En este sentido, las diversas medidas laborales adoptadas por el legislador en materia de trabajo a distancia pueden tener importantes consecuencias tributarias en el ámbito de la imposición personal del teletrabajador, por lo que hubiese resultado jurídicamente deseable que la norma hubiese previsto la adaptación de la normativa tributaria existente, en esencia la LIRPF,

---

asegurar el mantenimiento de la actividad durante la pandemia y para garantizar la prevención frente al contagio".

a dicha modalidad laboral[3]. La entrega al trabajador de medios, equipamiento o herramientas para el desarrollo de su actividad laboral o la compensación por los gastos en que incurra en la realización de la misma pueden quedar sujetas a tributación en el ámbito de su IRPF, en función de cuál sea la fórmula de entrega o cesión adoptada por la empresa o cuál sea la disponibilidad de los mismos por parte del trabajador. Asimismo, la tributación de las rentas obtenidas por el teletrabajador plantea dudas diversas vinculadas al disfrute de la exención del art. 7.p) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF), a la posible aplicación de la deducción por doble imposición internacional o a la deducibilidad de las cotizaciones a la Seguridad Social que, aunque vinculadas directamente a los rendimientos declarados por el trabajador en su IRPF, han sido satisfechas fuera del Estado de residencia de aquel. El análisis jurídico tributario de estas cuestiones es realizado en el epígrafe IV del presente trabajo, tomado en especial consideración el criterio administrativo y jurisprudencial adoptado en la materia y realizando algunas propuestas que, de *lege ferenda*, creemos que pueden contribuir a aportar una mayor seguridad jurídica a empresa y trabajador respecto a las diversas fórmulas retributivas que vienen siendo utilizadas en el contexto de esta nueva modalidad de desarrollo de las relaciones laborales.

II. CRITERIOS DE SUJECIÓN A LAS NORMAS TRIBUTARIAS

Los Estados, en ejercicio de su soberanía fiscal, tienen competencia para establecer tributos atendiendo a la concreta relación que se establezca entre el Estado y el sujeto que manifiesta la riqueza que quiere someterse a gravamen. A tal efecto, son dos los criterios de sujeción a las normas tributarias empleados por los Estados: por un lado, el criterio de residencia, vinculado a la condición física de vivir en un lugar determinado y al propósito o intención de hacerlo con un cierto grado de permanencia, y, por otro, el criterio de territorialidad, un criterio de carácter objetivo de acuerdo con el cual se toma en consideración la relación económica existente con el Estado en el que se generan las correspondientes rentas[4].

[3] Algunos partidos políticos con representación parlamentaria presentaron enmiendas al Proyecto de Ley de trabajo a distancia encaminadas a tal fin. Sin embargo, el contenido de dichas enmiendas no ha sido incorporado al texto definitivamente aprobado a pesar del adecuado contenido que las mismas tenían y que se alinean con muchas de las consideraciones que realizaremos a lo largo del presente trabajo. En este sentido, Enmiendas núm. 36 y 61, planteadas por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos y el Grupo Parlamentario Popular, respectivamente (BOCG Congreso de los Diputados, serie A, núm. 34-2, de 19 de febrero de 2021).

[4] Junto a los criterios de residencia y territorialidad, algunos Estados utilizan la nacionalidad como criterio de sujeción a las normas tributarias, de modo que las rentas obtenidas por cualquier sujeto que tenga la nacionalidad de dicho Estado quedarán íntegramente sujetas a tributación en

El uso de uno u otro criterio de sujeción tiene importantes consecuencias tributarias para el perceptor de las rentas gravadas. Así, el criterio de residencia comporta que se sometan a gravamen la totalidad de las rentas obtenidas por un determinado sujeto en el Estado en que tiene su residencia fiscal, con independencia del lugar en que aquellas hayan sido obtenidas, gravándose, de este modo, la denominada renta mundial. En cambio, de aplicarse el criterio de territorialidad, únicamente quedarán sujetas a gravamen en un Estado las rentas que se consideren obtenidas en su territorio.

En el contexto descrito, es preciso determinar cómo deberá tributar el trabajador que desempeña sus tareas mediante teletrabajo, permaneciendo, físicamente, en un determinado territorio, pero empleado por una empresa cuya sede se sitúa en otro Estado y que resulta ser quien le paga las correspondientes retribuciones y quien resulta beneficiaria de la labor por aquél desempeñada. De aplicarse el criterio de residencia, el teletrabajador deberá tributar en el Estado en el que reside por la totalidad de sus rentas y, por tanto, por las rentas derivadas de su trabajo personal pero también por cualesquiera otras retribuciones que haya recibido, con independencia del lugar en que la misma se haya generado. En cambio, si resulta de aplicación el criterio de territorialidad, los Estados únicamente podrán someter a gravamen las rentas que se entiendan generadas en su ámbito territorial, de modo que el trabajador deberá declarar dichas rentas, según corresponda, en cada uno de los Estados implicados.

En el ordenamiento jurídico español el legislador ha adoptado el criterio de residencia para sujetar a tributación las rentas obtenidas por las personas físicas residentes en España y, en consecuencia, somete a tributación, en el ámbito del IRPF, la totalidad de rentas obtenidas por las mismas, sea cual sea el lugar en el que aquellas se consideren obtenidas (arts. 8.1 y 9 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF). Asimismo, en aplicación del criterio de territorialidad, quedan sujetas a tributación en España las personas físicas no residentes en dicho territorio en relación a las rentas obtenidas en el mismo. En tal caso, la sujeción se produce en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de no Residentes en los términos establecidos, a tal efecto, en el art. 13 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto de No Residentes (en adelante, TRLIRNR).

Pues bien, retomando el supuesto de hecho que da lugar al presente trabajo, en los supuestos en que convergen dos Estados con soberanía fiscal para gravar las rentas obtenidas por el trabajador, juegan un papel fundamental los Convenios de Doble Imposición internacional, en cuyo seno se articulan las reglas y criterios pactados por los

---

su territorio. Aunque se trata de un criterio actualmente en desuso, existe un supuesto paradigmático en el que dicho criterio se aplica con carácter preferente: Estados Unidos.

Estados firmantes para fijar los correspondientes gravámenes, evitar discriminaciones, solucionar los posibles conflictos y prevenir los supuestos de doble imposición internacional[5]. De este modo, en caso de existir un Convenio de Doble Imposición entre los Estados cuya competencia fiscal para gravar las rentas obtenidas por el teletrabajador se dirime, será preciso acudir a su contenido y ver cuál ha sido la opción fijada por los mismos. Mayores problemas plantean los supuestos en los que dicho convenio no existe, puesto que ambos Estados intentarán atraer hacia su jurisdicción fiscal al trabajador y someter a gravamen la totalidad de rentas obtenidas por el mismo en base al criterio de residencia. Dada la limitada extensión del presente trabajo, centraremos nuestra exposición en el primero de los supuestos apuntados, aunque realizaremos remisiones puntuales a los casos en que tales convenios no existen.

III. DETERMINACIÓN DEL ESTADO COMPETENTE PARA GRAVAR LOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO OBTENIDOS POR EL TELETRABAJADOR

Para dirimir la jurisdicción fiscal competente para gravar un determinado supuesto de hecho con trascendencia fiscal internacional debe acudirse, en primer lugar, a la normativa convencional y, en esencia, a las cláusulas establecidas, a tal efecto, en el correspondiente Convenio de Doble Imposición, firmado por los Estados implicados. Son varios los Convenios de esta naturaleza que han sido firmados por España[6]. A pesar de las particularidades que puede revestir cada uno de dichos convenios, su práctica totalidad han sido firmados siguiendo el Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio de la OCDE (en adelante, MCOCDE)[7], por lo que los comentarios que realizaremos en el presente trabajo se basarán en el mismo.

Como punto de partida de nuestro análisis, debemos determinar la naturaleza jurídica de las rentas obtenidas por el teletrabajador que centran la disputa entre los Estados

[5] Como señala CHECA GONZÁLEZ, C., la doble imposición internacional se produce "*cuando el mismo presupuesto de hecho da lugar a obligaciones tributarias en varios países, por el mismo o análogo título y por el mismo período de tiempo o acontecimiento",* en "Medidas y métodos para evitar la doble imposición internacional", *Impuestos*, núm. 12/1988, pág. 53.

[6] Puede consultarse el listado de Convenios de Doble Imposición firmados por España en la página web del Ministerio de Hacienda y Función Pública mediante el siguiente enlace (última consulta 21/10/2022).

[7] Aunque la mayoría de convenios firmados por los Estados siguen este Modelo (cuya versión abreviada puede consultarse en el siguiente enlace), también se han firmado convenios, aunque de forma puntual, siguiendo el Modelo de la O.N.U. (1980), cuyo contenido es prácticamente idéntico al de la OCDE aunque con un mayor énfasis en el criterio de territorialidad (gravamen en el Estado de la fuente). Asimismo, existen algunos Estados, en particular Estados Unidos, que tienen su propio Modelo de Convenio (1977) y que lo utilizan como base para la celebración de sus Convenios con otros Estados. Esta particularidad se fundamenta no solo en la importancia de las relaciones económicas de este país, sino, y en esencia, a la utilización del criterio de nacionalidad como criterio de sujeción a las normas tributarias.

implicados, dado que su concreta calificación determinará, según las estipulaciones establecidas en el correspondiente convenio, el Estado competente para gravarlas. Esta calificación debe realizarse de acuerdo con la normativa interna de cada uno de los Estados. En este contexto, las cuantías percibidas por el sujeto que desarrolla en remoto su trabajo deben ser calificadas, según la normativa española, como rendimientos del trabajo, en cuanto se trata de contraprestaciones recibidas por la realización de tareas por cuenta ajena o dependiente, dinerarias o en especie, que derivan directa o indirectamente de la realización de aquellas[8].

Realizada la calificación de las rentas recibidas por el teletrabajador, es preciso acudir, a continuación, a las disposiciones del convenio relativas a la clasificación de las rentas y, a su vez, determinantes de la jurisdicción competente para someterlas a gravamen. A este respecto, el art. 15 del MCOCDE, bajo el título "Rentas del trabajo dependiente", determina que "*los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares obtenidos por un residente de un Estado contratante en razón de un trabajo dependiente sólo pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que el trabajo dependiente se desarrolle en el otro Estado contratante. Si el trabajo dependiente se desarrolla en este último Estado, las remuneraciones derivadas del mismo pueden someterse a imposición en él*"[9]. Y continua, en su apartado 2 indicando "*no obstante lo dispuesto en el apartado 1, las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado contratante en razón de un trabajo dependiente realizado en el otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar si: a) el perceptor permanece en el otro Estado durante un período o períodos cuya duración no exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado, y b) las remuneraciones son pagadas por, o en nombre de, un empleador que no sea residente del otro Estado, y c) las remuneraciones no son soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en el otro Estado".*

---

[8] En este sentido, el apartado 1 del art. 17 LIRPF determina que son rendimientos del trabajo *"todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas"*, siguiendo, en su apartado 2, con un listado ejemplificativo de rentas a las que cabe atribuir dicha naturaleza jurídica. Entre otros, tienen la consideración de rendimientos del trabajo los sueldos y salarios, las remuneraciones en concepto de gastos de representación, las dietas y gastos de locomoción que superen los importes reglamentariamente establecidos y las contribuciones o aportaciones satisfechas por los empresarios para hacer frente a los compromisos de pensiones en los términos previstos en la correspondiente normativa reguladora de los planes o fondos de pensiones.

[9] Debe tenerse en cuenta la existencia de algunas excepciones puntuales a esta regla general. En concreto, respecto a las remuneraciones recibidas en calidad de consejeros, las pensiones y las retribuciones recibidas por funcionarios públicos deberá tenerse en cuenta lo establecido en los arts. 16, 18 y 19 del MCOCDE, respectivamente.

De este modo, si un teletrabajador es residente en España, será el Estado español el competente para someter a tributación la totalidad de las rentas del trabajo dependiente obtenidas por aquel. No obstante, si el trabajador se desplaza fuera de territorio español para llevar a cabo determinadas tareas, las remuneraciones vinculadas a las mismas podrán ser gravadas en el Estado al que se haya realizado el desplazamiento. En tal caso, las rentas obtenidas por las labores desempeñadas en el extranjero serán gravadas tanto en el Estado de residencia, que siguiendo el ejemplo sería España, como en el Estado de la fuente, es decir, el Estado en el que se ha desempeñado el trabajo, produciéndose, en consecuencia, una doble imposición sobre dichas retribuciones. Será el legislador español, en su consideración de Estado de residencia, el que deberá prever las medidas necesarias para evitar la doble imposición indicada. Lo mismo sucedería a la inversa, esto es, si un teletrabajador es residente en otro Estado y se desplaza a España para llevar a cabo determinadas tareas, el Estado de residencia es quien gravará la totalidad de retribuciones del trabajo correspondientes al empleado, pero, a su vez, España también podrá gravarlos al entenderse generados en su territorio. En tal caso, será el otro Estado, el de residencia, el que deberá adoptar las medidas oportunas para evitar la doble imposición existente en tales supuestos.

En cualquier caso, para que el Estado de la fuente pueda someter a gravamen las retribuciones del trabajo es necesario que exista un desplazamiento físico a su territorio en aras a desempeñar allí algún tipo de actividad laboral o profesional. Asimismo, será preciso que se cumpla cualquiera de los requisitos enumerados en el apartado 2 del art. 15 MCOCDE entendidos en un sentido contrario al literal del precepto[10], esto es:

> a) Que el perceptor permanezca en el Estado en el que ha desarrollado la actividad durante un período o diversos períodos cuya duración sea superior, en su conjunto, a 183 días en cualquier etapa de doce meses que comience o termine en el año fiscal en cuestión. Respecto al cómputo del período de permanencia, se toman en consideración los períodos de 12 meses consecutivos, que empiecen o finalicen en el período impositivo en cuestión, y los días en que, durante dicho período, el trabajador se ha desplazado al territorio del Estado de la fuente.
>
> De este modo, si un teletrabajador residente en España se desplaza a otro territorio a desarrollar determinadas tareas durante los últimos 6 meses de un año

[10] Como indica ALMAGRO MARTÍN, *"se trata de los mismos requisitos establecidos para que el gravamen de los rendimientos del trabajo generados en el Estado-fuente tributen exclusivamente en el Estado-residencia, si bien, a tal efecto, se exige la concurrencia de todos ellos y, en lo que ahora interesa, basta con que se de cualquiera de los mismos entendidos a sensu contrario"*, en *Régimen fiscal de los trabajadores expatriados y expatriados en el IRPF*, Ed. Dykinson, Colección fiscalidad, 2019, pág. 83.

y los 6 meses del siguiente, el cómputo global del desplazamiento superará los 183 días en los términos establecidos en el art. 15.2 MCOCDE. En consecuencia, el Estado de la fuente podrá someter a gravamen los rendimientos que el trabajador obtenga por las labores desempeñadas en el mismo a causa de su permanencia física prolongada en dicho territorio. Sin embargo, no debe olvidarse la posibilidad de que el trabajador desplazado adquiera, a causa del período temporal en que ha permanecido en el Estado de la fuente, la condición de residente en el mismo. En tal caso, siguiendo el ejemplo, España perdería la posibilidad de gravar las rentas generadas por las tareas desempeñadas en el territorio al que se ha realizado el desplazamiento[11].

b) Que las remuneraciones sean satisfechas por o en nombre de un empleador residente en el Estado de la fuente. En tal caso, resulta coherente que el Estado de la fuente pueda someter a gravamen las rentas satisfechas al teletrabajador por las tareas desempeñadas en su territorio puesto que dichas retribuciones tendrán la consideración de gasto deducible en el tributo que el pagador deberá satisfacer en su Estado de residencia. Se trata de mantener, así, una "correlación coherente entre los gastos fiscales del empleador por los rendimientos que abona al trabajador y la posibilidad de gravar tales ingresos al trabajador, estableciendo un paralelismo entre los ingresos para el perceptor y los gastos para el pagador"[12].

c) Finalmente, el Estado de la fuente podrá someter a gravamen las rentas que el teletrabajador reciba por las tareas desempeñadas en su territorio si tales remuneraciones son soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en dicho Estado. La razón de ser de este supuesto es la misma que la del anterior, esto es, establecer una correspondencia o vinculación entre la deducibilidad del importe de las retribuciones satisfechas al trabajador en el impuesto que el empleador deberá satisfacer en el Estado de la fuente y la sujeción a tributación de tales rentas en dicho Estado.

De esta forma, de concurrir cualquiera de los tres requisitos enunciados, el Estado de la fuente podrá someter a tributación las rentas del trabajo generadas en su territorio por las tareas efectivamente desempeñadas en el mismo, situación que, como ya hemos

[11] Sobre el computo del plazo y sus consecuencias sobre la distribución de la soberanía fiscal entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia *vid*. las interesantes reflexiones de ALMAGRO MARTÍN, C.: *Régimen fiscal de los trabajadores expatriados y expatriados en el IRPF, op. cit.,* págs. 83 a 86.

[12] *Ibídem*, pág. 87.

avanzado, producirá una doble tributación con el Estado de residencia del teletrabajador, quien también las habrá sujetado a gravamen.

Sin embargo, si concurren, simultáneamente, los tres requisitos indicados en el punto segundo del art. 15 MCOCDE, entonces la competencia fiscal para gravar tales retribuciones vuelve a recaer, en exclusiva, sobre el Estado de residencia y se evitarán, *de facto*, los supuestos de doble imposición.

Veamos a continuación, con mayor detalle, la concreta aplicación de estos criterios de distribución competencial entre los Estados y sus implicaciones en el ámbito de la imposición personal del trabajor.

1. La residencia fiscal como criterio de sujeción de las rentas obtenidas mediante la realización de teletrabajo en un Estado

De acuerdo con las estipulaciones convencionales a las que venimos haciendo referencia, las rentas derivadas del trabajo dependiente se someterán a tributación, con carácter general, en el Estado en el que el empleado tenga su residencia fiscal, con independencia de que los resultados de su trabajo se exploten en otro Estado[13]. De este modo, los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares obtenidas por el teletrabajo realizado por el sujeto residente en un Estado, sólo pueden someterse a imposición en dicho Estado y, por tanto, sea cual sea el territorio en el que radique la sede de la empresa contratante y pagadora de los correspondientes emolumentos y con independencia del lugar en el que los mismos hayan sido generados.

En este contexto, resulta prioritario determinar el significado de los términos "residente en un Estado" puesto que será la residencia fiscal el criterio de sujeción aplicable en relación a las rentas derivadas del teletrabajo. A tal efecto, el art. 4.1 del MCOCDE determina que dicha expresión se refiere a *"toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales"*[14].

---

[13] En este sentido, "Comentarios al artículo 15 del Modelo de Convenio de la OCDE, relativo a la imposición sobre la renta del trabajo dependiente", *Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio de la OCDE*, *op. cit.,* pág. 261.

[14] Es preciso indicar que, en aplicación de la normativa interna de los Estados, puede acontecer que un determinado sujeto sea considerado residente fiscal en ambos territorios. Como recuerda la OCDE en su informe *Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 crisis,* de abril de 2020 y actualizado en enero de 2021, un contribuyente solo puede ser residente fiscal en una jurisdicción. Si solo un Estado lo considera como tal, no existe conflicto. Sin embargo, cuando dos jurisdicciones fiscales entienden que un sujeto es residente en ambos territorios deberá atenderse a las denominadas *tie break rules* contenidas, a tal efecto, en el art. 4.2 del MCOCDE. Dicho artículo establece una serie de criterios, aplicables de forma sucesiva o jerarquizada, para resolver la cuestión. Sobre la aplicación de dichos criterios a supuestos de hecho concretos en el contexto

Pues bien, en la normativa interna española, es el art. 9.1 LIRPF el que establece los criterios que resultan relevantes a efectos de determinar en qué supuestos un sujeto es residente en territorio español. En primer lugar, en base al criterio de permanencia, se entiende que un contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando permanezca en el mismo más de 183 días durante el año natural computándose, a tal efecto, las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país[15]. El contenido e interpretación del concepto "ausencias esporádicas" ha sido objeto de gran controversia dada la amplia exégesis efectuada por la Administración Tributaria, cuya tendencia ha sido computar cualquier ausencia siempre que falte la acreditación de la residencia fiscal en otro territorio[16]. Esta extensión del concepto, aunque ampliamente criticada por nuestra doctrina desde su inicio[17], no queda acotada hasta los pronunciamientos del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2017, 14 de diciembre de 2017 y 18 de enero de 2018[18]. A tenor de esta jurisprudencia, son ausencias esporádicas las acaecidas de forma ocasional, las que no obedecen a un patrón prefijado, continuo o permanente, quedando excluidas las ausencias prolongadas,

---

de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 nos remitimos al trabajo de BENITEZ PÉREZ, M.: "Análisis del impacto de la COVID-19 sobre la residencia fiscal de las personas físicas", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 12/2020.

[15] Junto a este criterio de permanencia, el legislador incorpora un criterio adicional, de carácter alternativo, pero que resulta de menor calado para nuestro objeto de estudio, de acuerdo con el cual se entiende que un sujeto es residente en territorio español cuando radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta. Con carácter general, la aplicación de este criterio determina que un sujeto sea considerado residente fiscal en España como consecuencia de la obtención de una parte significativa de sus rentas en España o como consecuencia de la localización, en dicho territorio, de la mayor parte de su patrimonio (en este sentido, *vid*. por todas Consultas de la DGT V0053-17, de 17 de enero y V1447-17, de 7 de junio). Para un estudio detallado del contenido de este criterio nos remitimos al trabajo de GIL GARCÍA, E.: "La residencia fiscal de las personas físicas: indeterminación; ubicuidad y deslocalización", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 193/2022, en especial, págs. 9 a 12. Por su parte, debe tenerse en cuenta que el propio art. 9.1.a) *in fine* aclara *que "las estancias temporales en España que sean consecuencia de las obligaciones contraídas en acuerdos de colaboración cultural o humanitaria, a título gratuito, con las Administraciones públicas españolas"* no se computarán a los efectos de determinar la permanencia de 183 días indicada. De este modo, la presencia en territorio español por dicho motivo no es tomada en consideración para la determinación de la residencia fiscal de dichos sujetos.

[16] En este sentido, entre otras, contestaciones de la Dirección General de Tributos a las consultas V2056-15, de 1 de julio; V1855-16, de 27 de abril, V0507-17, de 27 de febrero y V1381-17, de 2 de junio. Esta misma interpretación fue realizada por algunos tribunales. *Vid*. por todas SAN de 20 de septiembre de 2001 (JT 2001/1622) y SAN de 17 de octubre de 2002 (JT/2003/233).

[17] Por todos, SIMÓN ACOSTA, E.: *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 1 y "A vueltas con la prueba de la residencia fiscal en España, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 917/2016, pág. 5; LANASPA SANJUAN, S. "La prueba de las ausencias no esporádicas en la residencia habitual de las personas físicas", *Crónica Tributaria*, núm. 164/2017, pág. 141.

[18] En concreto, en las sentencias núm. 1850/2017, de 28 de noviembre (RJ 2017/5164), 1967/2017 de 14 diciembre (RJ 2017\6188) y 53/2018 de 18 enero (RJ 2018\170). Por su parte, este criterio ha sido acogido, de forma expresa, por la Dirección General de Tributos en Consultas vinculantes V0103-20, de 17 de enero, V2030-20, de 19 de junio y V0195-21, de 8 de febrero.

duraderas o por un período superior a los 183 días ya que, en otro caso, el concepto de residencia habitual quedaría privado de sentido, a la vez que, tal bis expansiva, podría entrar en colisión con la legislación de otros Estados que también basasen su modelo de tributación personal en criterios semejantes al de residencia fiscal[19].

De este modo, el concepto es delimitado de un modo objetivo, atendiendo a la duración o intensidad de la permanencia fuera del territorio español, dejando de lado el elemento intencional o la voluntad del sujeto. Si bien es cierto que esta delimitación del concepto otorga una mayor seguridad jurídica en el cómputo del período de permanencia, existe un riesgo intrínseco en tal objetivación puesto que puede suponer una expansión del impuesto en el país de destino y, por tanto, atraer la residencia de una persona a un Estado del que, anteriormente, no era residente como consecuencia del simple cómputo objetivo de las ausencias esporádicas[20]. Precisamente esta es la situación que se generó a raíz de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, en cuyo contexto muchos trabajadores se vieron retenidos en un Estado del que no podían salir a causa de las restricciones de movilidad impuestas a nivel nacional e internacional[21]. En tales supuestos, su permanencia efectiva en territorio español durante más de 183 días los convirtió en residentes en España y, en consecuencia, en contribuyentes del IRPF por su renta mundial[22], a la vez que españoles con permanencia fuera de nuestro

[19] *Cfr*. FJ 3 y 4 de la STS 1850/2017, de 28 de noviembre. Para un análisis detallado de esta sentencia y de la interpretación del concepto "ausencia esporádica", *vid*. RUIBAL PEREIRA, L.: "La relevancia del concepto de ausencia esporádica en la determinación de la residencia fiscal en el IRPF. (Análisis de la STS de 28 de noviembre de 2017, rec. núm. 812/2017)", *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 419/2018; GARCÍA CARRETERO, B.: "Hacia la determinación del concepto de ausencias esporádicas en la fijación de la residencia en el IRPF", *Quincena Fiscal*, núm. 10/2018 y FALCÓN y TELLA, R.: "Las ausencias esporádicas y la residencia: el caso de las becas que implican una estancia en el extranjero de más de 183 días", Editorial *Revista Quincena Fiscal*, núm. 7/2018.

[20] *Vid*. en este sentido, FALCÓN y TELLA, R.: "Las ausencias esporádicas y la residencia: el caso de las becas que implican una estancia en el extranjero de más de 183 días*", op. cit.,* pág. 4 y GARCÍA CARRETERO, B.: "Nuevas precisiones en materia de residencia fiscal", *Revista Quincena Fiscal,* núm. 8/2020, pág. 5 y ss.

[21] En el documento elaborado por el Secretariado de la OCDE *Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 crisis,* citado anteriormente, se pone de manifiesto la afectación de algunos de los criterios utilizados para determinar la residencia fiscal de las personas físicas a raíz de la crisis de la COVID-19 y se recomienda a los Estados revisar los criterios temporales utilizados para determinar la condición de residente en un territorio tomando en consideración *"un período de tiempo suficiente para que sea posible conocer la frecuencia, duración y regularidad de las estancias que forman parte de la rutina establecida en la vida de la persona afectada".* Para un estudio detallado de este informe nos remitimos al trabajo de CALDERÓN CARRERO, J.M.: "COVID-19 y fiscalidad internacional. Primeras recomendaciones de la OCDE", *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 446/2020, págs. 97-112.

[22] Esta situación se plantea en la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V0862-21, de 13 abril, en relación a un ciudadano marroquí que debió permanecer en España durante más de 183 días debido a la declaración del Estado de alarma y el cierre de las fronteras.

territorio adquirieron la residencia en otros Estados y, por tanto, pudieron quedar sujetos a impuestos equivalentes al IRPF en dichos territorios[23].

En cualquier caso, ante la consideración de residente fiscal en España por parte de la Administración Tributaria, el sujeto afectado podrá rebatir tal condición mediante la acreditación de su residencia fiscal en otro Estado, debiendo presentar la certificación emitida, a tal efecto, por las autoridades competentes. Sin embargo, debe hacerse notar que, aunque la normativa española traslada la carga de la prueba al contribuyente -*"salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país"*-, lo cierto es que dicha certificación solo corresponde presentarla cuando la propia Administración Tributaria haya acreditado que el sujeto es residente en España. Es decir, solo cuando la Administración haya probado la permanencia durante más de 183 días en territorio español y, en su caso, el cómputo de las ausencias esporádicas, el obligado tributario dispone de la posibilidad de aportar prueba que enerve su condición de residente en dicho territorio, puesto que carece de sentido desvirtuar una residencia que no ha sido constatada por la Administración exactora[24].

El criterio de permanencia analizado en los epígrafes anteriores es complementado con una presunción *iuris tantum,* de acuerdo con la cual se entiende que una persona tiene su residencia fiscal en España cuando su cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que de él dependan residan habitualmente en España de acuerdo con los criterios establecidos en el propio art. 9 LIRPF. Este criterio, que a primera vista parece claro y sencillo, también ha sido objeto de controversia en su concreta aplicación práctica, dada la expansiva interpretación realizada por la Administración Tributaria. En este contexto, cabe entender que una persona es residente en España cuando se cumple cualquiera de las dos situaciones siguientes:

- Por un lado, si se trata de una unidad familiar integrada, únicamente, por ambos cónyuges, se entenderá que uno de ellos reside fiscalmente en España si, a pesar de estar desplazado a otro Estado para realizar su trabajo, su cónyuge es residente en territorio español de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 9 LIRPF. De este modo, si el cónyuge no separado legalmente tiene una permanencia de más de 183 días en territorio español o bien se puede considerar

[23] Resultan paradójicas las diversas situaciones provocadas por la COVID-19 y su incidencia en la determinación de la residencia fiscal, llegando a provocar supuestos de doble residencia. En este contexto, resulta interesante el contenido de la consulta de la DGT V2434-21, de 22 de septiembre.

[24] En este sentido nos remitimos a las interesantes reflexiones realizadas por SIMÓN ACOSTA, E.: "A vueltas con la residencia fiscal fuera de España*", op. cit.,* pág. 5. Por su parte, debe tenerse en cuenta que, en el supuesto de países o territorios considerados como paraíso fiscal, la Administración tributaria española podrá exigir que se pruebe la permanencia en éste durante 183 días en el año natural (*cfr*. art. 9.1.a*) in fine* LIRPF).

que el núcleo principal o base de sus actividades o intereses económicos está radicado en España, el cónyuge desplazado a un tercer Estado para desarrollar su trabajo también tendrá la consideración de residente en España[25].

- Por otro, si se trata de una unidad familiar formada por los cónyuges y los hijos menores de edad, se entenderá que uno de los cónyuges tiene residencia fiscal en España, a pesar de estar desplazado a otro Estado para realizar su trabajo, si su cónyuge, del que no está legalmente separado, e hijos menores que de él dependan residen en territorio español por aplicación de cualquiera de los criterios recogidos en el art. 9 LIRPF. La interpretación literal del precepto - y, en especial, la conjunción "y" utilizada por el legislador para referirse a los integrantes de la unidad familiar que deben tomarse en consideración para la aplicación de la presunción - nos lleva a considerar que es preciso que ambos, cónyuge e hijos menores, residan en España, de modo que tal presunción no tiene cabida si uno u otros no pueden ser considerados residentes fiscales en España[26].

De este modo, la aplicación práctica de la presunción que venimos analizando comporta que personas que, *de facto*, no están en territorio español, por cuanto no tienen una permanencia física en dicho territorio, queden sujetas a tributación en España en base al criterio de residencia y, por tanto, quedan obligadas a tributar en este territorio por su renta mundial en el ámbito del IRPF. Esta circunstancia podría acontecer respecto un sujeto que teletrabaja para una empresa española desde el extranjero, manteniendo su unidad familiar la residencia en nuestro territorio. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que se trata de una presunción *iuris tantum* y, por tanto, que puede destruirse mediante la aportación de prueba que la desvirtúe. En este contexto, y aunque la Administración Tributaria ponga énfasis en que la prueba por excelencia es el certificado de residencia expedido por las autoridades fiscales competentes, rechazando otras

[25] Esta situación fue objeto de análisis específico en la consulta de la DGT V0100-17, de 20 de enero.

[26] En este mismo sentido, ALMUNDÍ CID, J.M. y SERRANO ANTÓN, F.: "La residencia fiscal de las personas físicas en los convenios de doble imposición internacional y en la normativa interna española", *Revista de Contabilidad y Tributación* (CEF), núm. 221-222/2001, pág. 95. Esta cuestión fue objeto de consulta a la Dirección General de Tributos quien responde, en consulta V3191-15, de 21 de octubre, sin aclarar, de forma expresa, la cuestión. En concreto, la DGT se limita a indicar *que "en la medida en que se dé cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 9.1 de la LIRPF, el consultante será considerado contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y tributará en este impuesto por su renta mundial, con independencia del lugar donde se hayan producido las rentas y cualquiera que sea la residencia del pagador de las mismas, según se deriva del artículo 2 de la LIRPF, el cual establece que "constituye el objeto de este Impuesto la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador".*

pruebas presentadas por el contribuyente, no debe olvidarse que son perfectamente admisibles cualesquiera otras pruebas válidas en Derecho que vayan dirigidas a tal fin, puesto que la LIRPF únicamente hace referencia a la aplicación de la presunción *"salvo prueba en contrario*"[27].

2. La territorialidad como criterio de sujeción de las rentas obtenidas por el trabajo presencial efectivamente realizado en un Estado distinto al de la residencia

Aunque, con carácter general, los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares obtenidos por el residente en un Estado en razón de un trabajo dependiente sólo pueden someterse a imposición en dicho Estado, el art. 15.1 *in fine* del MCOCDE determina que, si el trabajo dependiente se desarrolla en el otro Estado contratante, las remuneraciones derivadas del mismo pueden someterse a imposición en él. De este modo, si el trabajador se desplaza a la sede de la empresa, por ejemplo, situada en un Estado distinto a aquel en el que reside, en aras a llevar a cabo determinadas tareas, las retribuciones correspondientes a las mismas "*podrán*" ser sometidas a tributación en dicho Estado. Se establece, así, una potestad compartida entre los dos Estados implicados, esto es, el Estado de residencia del trabajador y el Estado en el que se efectúan los correspondientes cometidos y cuya realización es retribuida. Desde el punto de vista tributario, esta circunstancia comportará que las rentas obtenidas por el trabajo realizado en el extranjero sean doblemente gravadas. A saber: por un lado, quedarán sujetas a tributación en el Estado en el que el empleado tiene su residencia fiscal puesto que, como se ha puesto de relieve anteriormente, la aplicación del criterio de residencia determina la sujeción a tributación de la renta mundial y, por tanto, de la totalidad de las rentas obtenidas por aquel, sea cual sea su lugar de obtención. Por otro, el Estado en el que se realizan físicamente las tareas también someterá a tributación las retribuciones que correspondan a las mismas en aplicación del criterio de territorialidad, puesto que aquellas se entenderán obtenidas en dicho territorio[28].

La aplicación de tales consideraciones en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, determina que un teletrabajador que tenga la consideración de residente en España, deba tributar en el IRPF por la totalidad de las retribuciones recibidas, con independencia

[27] En este sentido, resulta de especial relevancia la doctrina contenida en la SAN de 4 de marzo de 2021 (núm. Rec. 858/2017) al admitir, como pruebas acreditativas de la residencia fiscal de toda la unidad familiar fuera de territorio español, los billetes de avión de traslado de todos los miembros de la misma al Reino Unido, así como la documentación acreditativa de la admisión de los hijos en centros escolares situados en dicho Estado, medios de prueba que habían sido inadmitidos por las instancias anteriores.

[28] En este sentido, las recientes consultas de la DGT V1162-22, de 26 de mayo y V1265-22, de 6 de junio.

del lugar en el que haya desarrollado su trabajo y, por tanto, al margen del lugar en que aquellas se entiendan obtenidas. De este modo, la residencia en España determina la sujeción a gravamen en nuestro ordenamiento jurídico de todas las retribuciones vinculadas al trabajo dependiente y, por tanto, de todas las rentas relacionadas a cualquier tarea desarrollada para la empresa en el marco de la relación laboral, sea dentro o fuera del territorio español. A su vez, las rentas asociadas a tareas desarrolladas fuera de territorio español y, de forma específica, las que el trabajador haya llevado a cabo en la sede de la empresa situada en el extranjero, en principio quedarán sujetas a gravamen en ese Estado por aplicación del criterio de territorialidad, puesto que se consideran generadas en el mismo. La misma situación se produce a la inversa, esto es, el teletrabajador residente fuera de España que trabaja para una empresa radicada en territorio español tributará, por su renta mundial, en el Estado en el que es residente, pero, a su vez, quedará sujeto, en base al criterio de territorialidad, al Impuesto sobre la renta de no residentes español por las rentas que se entiendan obtenidas en España. En este sentido, el art. 13.1.c) del TRLIRNR determina que los rendimientos del trabajo se entienden obtenidos en territorio español "*cuando deriven, directa o indirectamente, de una actividad personal desarrollada en territorio español*".

Por consiguiente, en cualquiera de los supuestos indicados se producirá una situación de doble imposición internacional al someterse a tributación un único sujeto respecto a una misma manifestación de riqueza, aunque sea por una parte de su importe, durante el mismo período impositivo. Esta situación deberá ser matizada atendiendo a las disposiciones establecidas, en primer lugar, en el correspondiente convenio de doble imposición y, en su defecto o por inexistir previsión alguna al respecto, por lo previsto en la legislación interna de los Estados que, con carácter general, prevén una deducción por doble imposición en el impuesto personal satisfecho en el Estado de residencia del obligado tributario. Esta cuestión será objeto de un análisis más detallado en el siguiente apartado del presente trabajo.

Debe recordarse, sin embargo, que el Estado de la fuente solo podrá someter a gravamen las rentas del trabajo que se entiendan generadas en su territorio cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias: que el trabajador permanezca en el Estado en el que ha desarrollado la actividad durante un período o diversos períodos cuya duración sea superior, en su conjunto, a 183 días en cualquier etapa de doce meses que comience o termine en el año fiscal en cuestión; o bien que las remuneraciones sean satisfechas por o en nombre de un empleador residente en el Estado de la fuente o soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en dicho Estado. Sobre la concreción del contenido de estos criterios nos

remitimos al análisis que sobre los mismos hemos realizado en la parte final de la introducción al epígrafe III del presente trabajo.

IV. TRIBUTACIÓN DE LOS RENDIMIENTOS OBTENIDOS POR EL TELETRABAJADOR EN EL ÁMBITO DE SU IMPOSICIÓN PERSONAL

Una vez analizada la operatividad de los criterios de sujeción a las normas tributarias y las consecuencias de su aplicación a supuestos de hecho con trascendencia fiscal internacional, en el presente apartado nos proponemos estudiar la tributación de las retribuciones recibidas por el teletrabajador en el ámbito de su imposición personal. A tal efecto, realizaremos la explicación tomando como hilo conductor el hecho de que el trabajador tenga o no su residencia fiscal en territorio español y, por tanto, en el marco del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o bien del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, respectivamente.

1. Tributación del teletrabajador residente en territorio español

Como ya hemos tenido ocasión de ver en el apartado anterior, cuando el teletrabajador es considerado residente fiscal en España debe tributar en dicho territorio por la totalidad de las rentas recibidas en el IRPF, sea cual sea su lugar de obtención y con independencia del concepto por el que las percibe[29]. En este contexto, surgen diversas cuestiones de calado que deben ser analizadas. Así, en primer lugar, es necesario determinar los rendimientos sujetos a tributación en concepto de rendimientos del trabajo y, por tanto, resolver la sujeción o no de las compensaciones retributivas derivadas del teletrabajo, tales como la entrega de equipos, medios e instrumentos para el desarrollo del trabajo a distancia o el resarcimiento o retribución de los costes ocasionados por el teletrabajo. Asimismo, cabe preguntarse sobre la deducibilidad de las cuotas de Seguridad Social vinculadas a las retribuciones correspondientes a los trabajos efectivamente realizados en el extranjero o la deducibilidad de los costes asumidos por el trabajador, no compensados por la empresa, en aras a determinar el importe de los rendimientos netos sujetos a tributación. Finalmente, es preciso analizar la posible aplicación de la deducción por doble imposición internacional, así como la viabilidad de la exención establecida en el art. 7.p) LIRPF, sobre los rendimientos gravados, también, en el Estado de la fuente.

[29] A este respecto, el art. el art. 2 LIRPF establece que *"constituye el objeto de este impuesto la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador".*

1.1. *Determinación de los rendimientos netos del trabajo personal sujetos a tributación en el IRPF del teletrabajador.*

De acuerdo con el art. 17.1 LIRPF, *"se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas".* De este modo y con carácter general, cualquier retribución recibida en el contexto de la correspondiente relación laboral o estatutaria queda sujeta a tributación en el IRPF en concepto de rendimiento del trabajo personal y, por tanto, también la totalidad de retribuciones recibidas por el teletrabajador en el marco de su relación laboral.

Sin embargo, la expansión y generalización del desempeño del trabajo a distancia ha comportado que las empresas hayan aplicado nuevas fórmulas de retribución o compensación a sus empleados, escasamente utilizadas hasta el momento, cuya sujeción al impuesto plantea ciertas dudas. Así, a pesar del esfuerzo del legislador por establecer una regulación íntegra del trabajo a distancia, cuyo marco normativo se encuentra recogido en la Ley 10/2021, de 9 de julio, del trabajo a distancia (en adelante, LTD), en dicha normativa no encontramos referencia alguna a los aspectos tributarios derivados del teletrabajo, por lo que se hace necesario analizar la tributación de estas fórmulas de retribución y su encaje en el ordenamiento jurídico tributario vigente. Pasamos a analizar a continuación los supuestos más controvertidos.

1.1.1. Entrega de equipos, medios y herramientas para el desarrollo del trabajo a distancia

De acuerdo con el art. 11 LTD, las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de su actividad laboral. La identificación de tales instrumentos, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como la vida útil o período máximo para su renovación, deben constar, de forma expresa, en el acuerdo de trabajo a distancia que deben firmar la empresa y el trabajador que, de forma voluntaria, opte por desempeñar sus tareas laborales bajo esta modalidad, sin perjuicio de la regulación contenida en el correspondiente convenio o acuerdo colectivo (art. 7 LTD).

En este contexto, cabe plantearse la sujeción o no a tributación de tales entregas en concepto de retribuciones del trabajo personal. A tal efecto, es preciso tomar en consideración las diversas fórmulas que puede utilizar la empresa para facilitar al

trabajador los aperos necesarios para el desarrollo de sus tareas, en cuanto puede limitarse a poner a su disposición dichos equipos, puede entregarle una cuantía dineraria, a tanto alzado, para que sea el trabajador quien los adquiera o bien reembolsarle el coste previa presentación de la factura justificativa del gasto. Asimismo, debe tenerse en cuenta cuál será el uso que el trabajador dará a tales herramientas y, por tanto, si serán de uso laboral exclusivo o bien también estarán a su disposición personal y, en tal caso, en que proporción o grado.

Pues bien, en el primer supuesto apuntado, esto es, cuando la empresa cede al trabajador el uso de equipos, medios o herramientas para el desempeño de sus tareas, la primera cuestión que surge es su posible calificación como retribución en especie y, por tanto, su sujeción al IRPF. La respuesta a tal cuestión la encontramos en el art. 42.1 LIRPF, de acuerdo con el cual *"constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda"*[30]. Una primera aproximación al precepto nos lleva a interpretar que la cesión de uso de equipos, medios o herramientas al trabajador solo puede ser calificada como retribución en especie cuando dicho uso se efectúe con un fin particular. A *sensu contrario*, cuando tales medios se utilizan para desempeñar las tareas laborales y no hay un uso particular de los mismos, dicha cesión de uso no constituye retribución en especie y, por tanto, no queda integrada en el concepto de salario y, por ende, no queda sujeta a tributación en el IRPF. En este sentido se manifiesta la Dirección General de Tributos en consulta V0150-22, de 31 de enero, al hilo del análisis sobre la consideración o no de retribución en especie de la cesión de teléfonos móviles a los empleados para el desempeño de su trabajo. En el supuesto de hecho planteado por la empresa consultante se manifiesta la existencia de una cláusula expresa en el código de conducta de la compañía que prohíbe el uso privativo de dichos instrumentos de trabajo, prohibición que queda recogida en la política de uso profesional de los teléfonos de la empresa, así como, con carácter individualizado, en las cláusulas contractuales recogidas en el correspondiente contrato de trabajo. En este contexto, la Dirección General de Tributos entiende que la puesta a disposición de los trabajadores de las máquinas, útiles y herramientas de propiedad o titularidad de la empresa necesarias para que este realice su trabajo no tienen la consideración de retribuciones en especie dada la indubitable conexión que dicha entrega tiene con el desempeño de la actividad laboral

[30] Para un estudio detallado de las características de las retribuciones en especie aplicadas al ámbito del teletrabajo nos remitimos al detallado estudio de MORIES JIMÉNEZ, M.T.: "Régimen fiscal de las compensaciones retributivas derivadas del teletrabajo: cuestiones sin resolver y propuestas de regulación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 8/2021, en especial, págs. 15 y 16.

"teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en la utilización descritas en los hechos", esto es, cuando dicho uso se limita, estrictamente, al ámbito profesional del empleado. Asimismo, destaca que tal dotación de medios *"podrá constituir un rendimiento del trabajo en especie, de acuerdo con el articulo 42.1 de la Ley del Impuesto"* cuando exista una *"utilización, consumo u obtención para fines particulares del trabajador de aquellos medios".*

Ante esta posición, ¿cabe entender que el uso particular de tales medios ya implica, por si mismo, la existencia de una retribución en especie o es preciso que tal uso personal tenga cierta intensidad o relevancia? Y, con carácter general, ¿qué sucede cuando convergen ambos usos? Pues bien, como ha destacado con acierto DURÁN SINDREU[31], para que el uso particular de tales medios pueda ser considerado retribución en especie del trabajo personal y, por tanto, quede integrada en el salario del trabajador, es necesario que se trate de una "*contraprestación o utilidad que derive, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral*", en los términos utilizados por art. 17.1 LIRPF para definir los rendimientos del trabajo. O, en un sentido similar, que se trate de percepciones económicas por *"la prestación profesional de servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como trabajo",* según determina el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores al definir el concepto de salario.

Pues bien, la Ley del trabajo a distancia deja claro que la dotación de medios al teletrabajador para que desempeñe sus tareas laborales es un derecho de aquel y, a su vez, una obligación de la empresa y, por tanto, queda al margen de cualquier pacto retributivo que pueda estipularse entre las partes. En este sentido, la entrega de los medios requeridos para el desempeño del trabajo tiene su razón de ser en la imperativa necesidad de disponer de los mismos para poder llevar a cabo las tareas propias del lugar de trabajo que, en el caso del teletrabajo, integran su propia configuración y definición normativa[32]. En consecuencia, la disponibilidad y uso de tales medios debe ser entendido como una herramienta indispensable para el desarrollo profesional y laboral del trabajador y, por ello, no puede ser considerada como una contraprestación por el trabajo realizado y, por tanto, a nuestro juicio, no debe incorporarse al salario percibido por el trabajador como una retribución en especie sujeta a tributación en el IRPF. Asimismo, a mayor abundamiento, entendemos que el uso particular que se puede

[31] DURAN SINDREU, A.: "¿Preocupa de verdad la fiscalidad del teletrabajo?", *Taxlandia. Bloc Fiscal y de opinión tributaria*, 17 de noviembre de 2020.

[32] Recordemos que el art. 2 LTD define el teletrabajo como *"aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación".*

realizar de tales medios resulta residual, accesorio e irrelevante respecto al uso esencialmente laboral que el teletrabajador dará a los mismos y que es la razón de ser de la cesión realizada por la empresa. Aunque en relación a la consideración de bienes afectos al desarrollo de actividades económicas, en nuestro ordenamiento tributario existen ejemplos en los que, por expresa disposición legal, el uso para fines privados en días y horas inhábiles se considera accesorio y notoriamente irrelevante, y, por ello, sin consecuencias tributarias sobre la afectación del bien a la actividad empresarial[33]. Quizás sería oportuno adoptar una medida de esta naturaleza en relación al supuesto de hecho que venimos estudiando o bien modificar la normativa del IRPF incluyendo una exención de los rendimientos en especie en tales casos, en aras a excluir del concepto de retribución en especie las citadas entregas de bienes a los trabajadores a pesar de que exista una disponibilidad total de los mismos por parte de los empleados.

Sin embargo, el parecer de la Administración Tributaria dista de la opción que defendemos, debido al amplio criterio de sujeción utilizado por la misma. En este sentido, entiende que cuando convergen los dos usos, personal y laboral, la simple disponibilidad de uso ya implica la existencia de una retribución en especie, con independencia de que el uso personal que el trabajador efectúe de los medios que la empresa pone a su disposición sea real y efectivo. Este mismo criterio es utilizado para efectuar la valoración y cuantificación de la correspondiente retribución en especie, valoración basada en un porcentaje que es determinado en atención a las horas del día en los que, al margen de la jornada laboral, el bien está a disposición del trabajador para su uso, y cuyo resultado son porcentajes ciertamente elevados[34]. Por consiguiente, a juicio de la Administración,

---

[33] En concreto, se trata de la medida recogida en el art. 22.4 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, RIRPF), en relación a los bienes del inmovilizado adquiridos y utilizados para el desarrollo de una actividad económica. El tenor literal de dicho articulo determina que *"Se considerarán utilizados para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante los bienes del inmovilizado adquiridos y utilizados para el desarrollo de la actividad económica que se destinen al uso personal del contribuyente en días u horas inhábiles durante los cuales se interrumpa el ejercicio de dicha actividad".*

[34] Con una ironía no falta de razón, DURÁN SINDREU destaca que "*mientras el trabajador duerme, los medios están a su disposición"*, de modo que la Administración también incorpora dichas horas en la valoración de la retribución en especie, lo que determina un porcentaje cercano al 80%, "¿Preocupa de verdad la fiscalidad del teletrabajo?", *op. cit*. Como ejemplo del criterio administrativo que viene siendo aplicado en este contexto, traemos a colación la consulta de la DGT V1503-18, de 4 de junio en la cual, respecto al uso particular de vehículos automóviles por parte de los trabajadores, establece que *"procederá imputar al contribuyente una retribución en especie en la medida en que éste tenga la facultad de disponer del vehículo para usos particulares, con independencia de que exista o no una utilización efectiva para dichos fines".* Asimismo, este mismo criterio es utilizado respecto a la valoración, al indicar que no son aceptables como medios de valoración "*aquellos que se cuantifiquen en función de las horas de utilización efectiva (...), pues el parámetro determinante debe ser la disponibilidad para fines particulares".* En este mismo sentido se han manifestado los Tribunales Económico Administrativos (entre otras, resoluciones del TEAC de 3 de diciembre de 2009, 17 de marzo de 2010 y 5 de octubre de 2017). Por lo que se refiere a la valoración, que no a la calificación de la renta como retribución en especie, los

la simple disponibilidad del bien para su uso particular ya determina la existencia de una retribución en especie, con las consecuencias tributarias que ello comporta -en esencia, la necesaria valoración de la retribución[35], la identificación del porcentaje que cabe atribuir al uso privado del bien y la obligación de practicar y soportar el correspondiente ingreso a cuenta-.

En aras a limitar las nefastas consecuencias tributarias de la interpretación administrativa en la materia, creemos que es esencial que en el acuerdo de trabajo a distancia firmado entre el teletrabajador y la empresa y, en su caso, en el correspondiente convenio o acuerdo colectivo, se proceda a una identificación precisa de los medios, herramientas y equipos entregados al teletrabajador, poniendo especial énfasis en el uso exclusivamente laboral de los mismos y a la naturaleza no retributiva de la entrega de dichos bienes. De igual modo, recomendamos que en el acuerdo se expliciten las condiciones de uso de los equipos o útiles informáticos, así como las facultades de control empresarial en relación al uso de dichos medios (tales como, por ejemplo, restricciones de acceso a contenidos de índole personal -redes sociales o correo electrónico no corporativo - o protocolos de seguridad en el control de documentos compartidos). Esta concreción excluirá la cesión de uso de dichos instrumentos de la consideración de retribución en especie y, por tanto, de su tributación en el ámbito del IRPF del teletrabajador. Por su parte, si en el acuerdo de trabajo a distancia también se admite un uso particular de los medios de trabajo entregados, es recomendable que se identifique, de la forma más clara posible, el horario de la jornada laboral del teletrabajador, en aras a justificar, ante la Administración Tributaria, los criterios utilizados por la empresa para efectuar la valoración de la retribución en especie y su integración en la nómina.

La segunda forma en que la empresa puede dotar al trabajador de los medios, equipos y herramientas necesarios para desempeñar sus tareas es mediante el pago de una cuantía dineraria, a tanto alzado, que el trabajador no debe justificar. Tales pagos deben ser considerados como una retribución dineraria derivada del trabajo personal en los términos establecidos en los arts. 17.1 y 42.1 *in fine* LIRPF. En efecto, la entrega de una cuantía sin que resulte exigible la justificación formal del gasto supone, en primer lugar, una retribución dineraria puesto que lo entregado al trabajador no son bienes sino importes metálicos. Asimismo, se trata de una contraprestación de naturaleza

Tribunales han sido un poco más flexibles y han defendido la valoración en atención al uso real del bien para fines particulares (en este sentido, SAN de 13 de abril de 2009 y 8 de abril de 2012).

[35] Sobre los problemas de valoración de este tipo de retribuciones en especie, respecto las que no existe previsión legal alguna, nos remitimos al trabajo de MORIES JIMÉNEZ, M.T.: "Régimen fiscal de las compensaciones retributivas derivadas del teletrabajo: cuestiones sin resolver y propuestas de regulación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", *op. cit.,* en especial págs. 21 a 24.

extrasalarial, en cuanto supone una compensación al trabajador, de carácter general, por los gastos soportados por la realización de sus tareas, sin una identificación específica del destino de las cuantías entregadas. En este contexto, la empresa deberá adicionar las cantidades pagadas a los trabajadores en este concepto a sus retribuciones anuales y practicar e ingresar la correspondiente retención a cuenta.

Finalmente, la tercera modalidad que puede utilizar la empresa para dotar a los trabajadores de los aperos necesarios para desempeñar su trabajo consiste en la adquisición de los mismos por parte del trabajador, procediendo el empleador al posterior reembolso de su coste efectivo tras la justificación documental del gasto mediante la presentación de la correspondiente factura. La fiscalidad aplicable a estos supuestos debe determinarse tomando en consideración el sujeto al que corresponde la titularidad del bien, esto es, si los medios y herramientas adquiridos pasan a ser titularidad de la empresa o bien del trabajador tras la compra. Si el utensilio adquirido pasa a ser titularidad de la empresa, nos hallaríamos, nuevamente, ante una cesión de uso de un bien propiedad del empleador, por lo que resultarían aplicables las mismas consideraciones realizadas al hilo del análisis de la primera modalidad de entrega. Cabe recordar que, en tales casos, volvería a surgir el problema del doble uso y su posible consideración como retribución en especie, por lo que sería conveniente tener en cuenta las consideraciones que hemos realizado anteriormente en relación al contenido de los acuerdos de trabajo a distancia y, en su caso, a los convenios o acuerdos colectivos. En este contexto, sería conveniente que en tales acuerdos quedase constancia expresa de la obligación del trabajador de devolver el material a la empresa en caso de cese de la relación laboral o bien en el supuesto de reversión de la modalidad de trabajo a la presencialidad total, de modo que quedase acreditada la propiedad que, sobre tales bienes, tiene la empresa. Asimismo, sería conveniente que la factura emitida por el vendedor estuviese a nombre de la empresa lo que constituiría un claro elemento de prueba ante eventuales comprobaciones posteriores por parte de la Administración Tributaria[36].

Por su parte, si tras el reembolso del gasto la propiedad pasa a ser del trabajador, nos hallaríamos ante una retribución dineraria del trabajo personal sujeta a tributación en el IRPF. La naturaleza dineraria de la retribución viene determinada por la entrega al trabajador de una suma de dinero y no de un bien en sí mismo considerado. En este sentido, el art. 42.1 *in fine* de la LIRPF determina que *"cuando el pagador de las rentas entregue al contribuyente importes en metálico para que éste adquiera los bienes,*

[36] En este mismo sentido, *vid*. MORIES JIMÉNEZ, M.T.: "Régimen fiscal de las compensaciones retributivas derivadas del teletrabajo: cuestiones sin resolver y propuestas de regulación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", *op. cit.,* pág. 21.

derechos o servicios, la renta tendrá la consideración de dineraria". Asimismo, la naturaleza retributiva de la entrega se basa en la propiedad del bien por parte del trabajador, sin que exista obligación alguna de devolverlo y con plena disponibilidad del mismo para su uso personal. Su valoración deberá realizarse atendiendo al valor de mercado del bien y, por tanto, al valor de adquisición que conste en la factura expedida por el vendedor, importe que deberá integrase en la nómina del trabajador junto al resto de retribuciones satisfechas por la empresa, debiendo aplicar sobre el mismo el porcentaje de retención que corresponda.

1.1.2. Compensación de gastos ocasionados por el teletrabajo

El art. 12 LTD recoge el derecho del trabajador a recibir una compensación por los gastos vinculados a los aperos utilizados para el desempeño de sus tareas en los siguientes términos: "*el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa y no podrá suponer la asunción, por parte de la persona trabajadora, de gastos relacionados con equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral".* Asimismo, en el acuerdo de trabajo a distancia firmado entre la empresa y el teletrabajador deberá constar, de forma expresa, la "*enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como la forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación"* [art. 7.b) LTD].

Reconocido el derecho del trabajador a recibir tales compensaciones ¿qué régimen tributario cabe aplicar a las mismas? Con carácter general, cabría entender que las cuantías recibidas por el empleado en compensación de los gastos en que incurre por el desarrollo de su trabajo no están sujetas a tributación en el IRPF, pues su objetivo es resarcirlo por el desembolso realizado respecto a gastos directamente vinculados al desempeño del trabajo a distancia y cuyo coste debe ser asumido por la empresa[37]. A tal conclusión podemos llegar si tomamos en consideración otros supuestos similares previstos en la LIRPF, como sería el caso de las dietas y gastos de manutención y estancia. Sin embargo, la exclusión de tributación de tales supuestos requiere una previa justificación del gasto o bien que no se superen determinados límites legalmente

[37] En este contexto, DURÁN SINDREU entiende que se trata de una compensación de naturaleza indemnizatoria, sin carácter retributivo, que no debiera considerarse renta del trabajo sujeta a tributación. En "¿Preocupa de verdad la fiscalidad del teletrabajo?", *op. cit*.

establecidos[38]. Ante la falta de previsión legal respecto al límite económico de las compensaciones que venimos estudiando en el presente apartado, creemos que solo puede argumentarse su no tributación como renta del trabajo en caso de que exista una justificación de los mismos, de modo que no pueda objetarse la realidad del gasto y su vinculación directa con la labor profesional desempeñada por el trabajador[39].

En cambio, si el pago se realiza a tanto alzado, con la entrega de una cuantía global, sin requerirse justificación alguna del gasto efectivamente realizado, cabrá entender que nos hallamos ante un complemento extrasalarial de carácter dinerario y naturaleza retributiva y, en consecuencia, íntegramente sujeto a tributación en el IRPF del teletrabajador perceptor de las mismas y sometido a retención. Lo mismo sucedería si la cantidad abonada por la empresa en concepto de compensación fuese superior al gasto justificado por el trabajador. En este supuesto, el exceso constituiría renta gravable en el IRPF y, por tanto, sujeto a tributación con las mismas consecuencias apuntadas[40].

Un último supuesto que podría acontecer en relación a los gastos que venimos analizando, es que sea la empresa la que, de forma directa, abone las cuantías correspondientes a la entidad suministradora de los servicios utilizados por el teletrabajador para el desempeño de sus tareas. Aunque se trata de un caso excepcional, dadas las dificultades intrínsecas a este modo de operar en el ámbito del teletrabajo -piénsese, por ejemplo, en la problemática que comportaría delimitar la parte del gasto de luz que corresponde al uso particular y al laboral-, entendemos que no cabría considerarlos como rendimientos del trabajo en la medida en que quedase clara su vinculación con las labores profesionales del trabajador.

Para finalizar este apartado, debemos insistir, de nuevo, en la importancia del contenido del acuerdo de trabajo a distancia y de los convenios y acuerdos colectivos, puesto que la concreción de todos los aspectos que venimos analizando pueden evitar, sin lugar a dudas, problemas de interpretación y valoración ante la Administración Tributaria en caso de una posterior comprobación.

---

[38] En concreto, las cuantías exentas de tributación en concepto de dietes y gastos de manutención y estancia se hallan detalladas en el art. 9 RIRPF.

[39] En este sentido, cabe traer a colación la consulta de la Dirección General de Tributos V0932-14, de 2 de abril, en la que se plantea el tratamiento tributario del importe que la empresa pudiera satisfacer a sus empleados en compensación del gasto producido por la utilización del servicio de telefonía. A criterio del centro administrativo, *"si tal compensación se limita a reembolsar a los empleados por los gastos ocasionados por esa utilización en el desarrollo de su trabajo cabe afirmar que no comporta para ellos un supuesto de obtención de renta, es decir, no se entiende producido el hecho imponible del impuesto".*

[40] Así lo indica la propia Dirección General de Tributos en la misma consulta apuntada en la nota anterior.

1.1.3. Gastos deducibles para la determinación de los rendimientos netos del trabajo personal sujetos a tributación

De acuerdo con el art. 19.1 LIRPF, *"el rendimiento neto del trabajo será el resultado de disminuir el rendimiento íntegro en el importe de los gastos deducibles",* listando, en su apartado segundo, los gastos exclusivamente deducibles a tal fin. En el contexto descrito, centraremos nuestro análisis en la deducibilidad de las cotizaciones de la Seguridad Social y en la posible deducción de los gastos soportados por el teletrabajador respecto a conceptos satisfechos por el mismo para el desempeño de sus tareas, cuando aquellos no hayan sido objeto de resarcimiento por parte del empleador.

Como ya hemos apuntado en el apartado 1 del epígrafe III del presente estudio, cuando el teletrabajador es residente fiscal en España debe tributar en dicho territorio por la totalidad de las rentas percibidas, sea cual sea su lugar de obtención. De este modo, deberá integrar en la base imponible de su IRPF las retribuciones generadas por las labores efectivamente desempeñadas en territorio español, pero también, en su caso, las obtenidas por tareas realizadas en otros territorios y, en especial, las que la empresa le hubiese satisfecho por tareas llevadas a cabo en la sede de la compañía radicada en otro Estado. A su vez, y con carácter general, las rentas obtenidas por los trabajos realizados fuera de territorio español también quedarán sujetos a tributación en el Estado de la fuente. En este contexto, las rentas recibidas por el teletrabajador por ambos conceptos - trabajos realizados en España y fuera de territorio español - habrán sido tomadas en consideración para calcular las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social, cuotas que, a su vez, habrán sido ingresadas en el organismo competente del Estado en el que reside el empleador, puesto que es quien efectúa la totalidad de los pagos y, en tal condición, obligado a realizarlas e ingresarlas en su país.

En tales circunstancias ¿resultan deducibles, para la cuantificación del rendimiento del trabajo del IRPF exigible en España, tales cuantías, a pesar de que su ingreso se haya realizado en un tercer Estado? Pues bien, en primer lugar, cabe decir que, con carácter general, las cotizaciones de la Seguridad Social son consideradas como un gasto deducible para la determinación de los rendimientos netos del trabajo personal sujetos a tributación en el IRPF, como así lo recoge, de forma expresa, el art. 19.2.a) LIRPF, deducibilidad que encuentra su razón de ser en su directa relación con el trabajo realizado por el contribuyente y por el cual tributa. Dicho lo cual nos lleva a analizar si tal deducibilidad solo corresponde en relación a las cuotas ingresadas en el organismo español de la Tesorería General de la Seguridad Social o tal deducibilidad también corresponde respecto a las cuantías ingresadas en sistemas públicos equivalentes de otros Estados. Pues bien, la Dirección General de Tributos ha tenido ocasión de

pronunciarse al respecto en diversas contestaciones a consultas tributarias - las más recientes, V1162-22, de 26 de mayo y V1265-22, de 6 de junio[41] -, llegando a la conclusión que *"las referencias realizadas en la normativa del impuesto a la Seguridad Social deben entenderse realizadas a sistemas públicos equivalentes extranjeros"* y *"estando, tales cotizaciones, vinculadas directamente a los rendimientos íntegros del trabajo declarados en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrían la consideración de gasto deducible para la determinación del rendimiento neto del trabajo".* Resulta incuestionable, así, la deducibilidad de tales importes en aras a la determinación del rendimiento neto del trabajo sujeto a tributación en el IRPF del teletrabajador.

Cuestión distinta es la que afecta a los gastos satisfechos por el trabajador a distancia que no hayan sido resarcidos por el empleador pero que, sin embargo, están directamente vinculados al desempeño de sus labores profesionales. A la vista del carácter cerrado, de *numerus clausus*, de los gastos susceptibles de deducción para la determinación de los rendimientos netos del trabajo personal a tenor del art. 19.2 LIRPF - *"tendrán la consideración de gastos deducibles exclusivamente los siguientes"*-, la respuesta debe ser negativa puesto que no existe en dicho articulo ninguna referencia a este tipo de desembolsos, ni tampoco apartado alguno en el que sea posible incardinarlos. En este sentido se ha manifestado la Dirección General de Tributos en su consulta vinculante V1635-21, de 28 de mayo, al analizar la posible deducibilidad de los gastos de conexión a internet abonados por el trabajador en régimen de teletrabajo, al considerar que *"los gastos referidos por la consultante no tendrían la naturaleza de gastos deducibles para la determinación del rendimiento neto del trabajo, al no estar incluidos dichos gastos dentro de los gastos deducibles que el referido artículo establece de una forma taxativa".*

1.2. *Exención por rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero [art. 7.p) LIRPF]*)

En la medida en que el teletrabajador residente en España debe tributar por su renta mundial y, por tanto, incorporar a su base imponible los rendimientos del trabajo personal recibidos por tareas desempeñadas fuera de territorio español, cabe preguntarse si dichos rendimientos pueden quedar exentos de tributación por aplicación de la exención establecida en el art. 7.p) LIRPF. Esta exención tiene como objetivo primordial la reducción de la presión fiscal[42] de quienes, sin dejar de ser residentes en España, se

[41] En dichas consultas se cita el criterio ya mantenido en las consultas anteriores V1978/18, de 2 de julio; V1326/15, de 29 de abril; V4674/16, de 3 de noviembre y V1899/17, de 18 de julio.

[42] A este respecto, y al hilo de la interpretación de los criterios exigibles para la aplicación de la exención establecida en el art. 7.p) LIRPF, resulta interesante traer a colación las palabras del TSJ

trasladan temporalmente al extranjero para desarrollar determinadas tareas profesionales, potenciando, así, la internacionalización del capital humano con residencia en territorio español y favoreciendo la competitividad de las empresas nacionales. Su aplicación requiere la concurrencia de determinados requisitos que, de forma sucinta, son los siguientes:

a) En primer lugar, es condición necesaria para la aplicación de la exención que el trabajador sea residente fiscal en España. La determinación de dicha residencia se realizará atendiendo a los criterios establecidos, a tal efecto, en el art. 9.1 LIRPF, a cuyo análisis hemos dedicado el apartado 1 del epígrafe III del presente trabajo. A él nos remitimos.

b) En segundo lugar, es preciso que el empleado realice un trabajo, de manera efectiva, en el extranjero. En este sentido, debe existir un desplazamiento físico, por cuanto la aplicación de la exención requiere que el trabajo haya sido realizado fuera de territorio español. En este contexto, el desplazamiento podría producirse, por ejemplo, a causa de visitas a clientes o proveedores, por la asistencia a una reunión interna en la sede de la empresa situada en el extranjero o a causa de la asistencia como ponente o formador de cursos o bien a programas de formación organizados por la propia empresa. Por lo que se refiere a la naturaleza de las tareas desempeñadas en el extranjero y a su duración, el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de mayo de 2019, aclaró, matizando la estricta doctrina que hasta el momento había mantenido la Dirección General de Tributos, que el art. 7.p) LIRPF no contempla cuál debe ser la naturaleza de los trabajos realizados por el empleado, ni exige una determinada duración o permanencia en los desplazamientos, por lo que éstos pueden ser prolongados y continuados en el tiempo o simplemente esporádicos y puntuales.

c) El destinatario del servicio debe ser, en todo caso, una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente en el extranjero, de modo que el centro o lugar en el que se desempeña el trabajo debe estar ubicado, aunque sea de forma temporal, fuera de España[43]. Por su parte, debe tenerse en cuenta que, cuando la entidad destinataria de los trabajos esté vinculada a la entidad empleadora del trabajador o con aquella en la que preste sus servicios[44],

de Madrid al indicar que *"este incentivo fiscal no está pensado en beneficio de las empresas o entidades sino de los trabajadores"* (STSJ Madrid de 24 de mayo de 2017).

[43] En este sentido, consultas V1680-13, de 21 de mayo; V1680-19, de 8 de julio y la más reciente V0694-21, de 23 de marzo;

[44] Los requisitos que determinan que dos personas o entidades estén vinculadas se hallan recogidos en el art. 18.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

se entenderá que los trabajos se han realizado para la entidad no residente y, por tanto, son susceptibles de generar la exención, si el citado trabajo produce o puede producir una ventaja o utilidad a la entidad destinataria. En este contexto, la Dirección General de Tributos ha considerado que un indicio de que se genera dicha ventaja o utilidad es que la entidad que recibe los servicios soporte el coste de su prestación, satisfaciendo, por ejemplo, el coste de la retribución y los desplazamientos del trabajador[45].

d) En cuarto lugar, para que resulte aplicable la exención del art. 7.p) LIRPF es necesario que en el territorio al que se desplaza el empleado se aplique un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IRPF. Debe hacerse notar que la literalidad del precepto únicamente requiere que en el territorio en el que se realicen los trabajos se aplique un impuesto análogo al IRPF y no que los rendimientos sean efectivamente gravados en el mismo[46]. La acreditación de la existencia de dicho impuesto de naturaleza idéntica o similar al IRPF es una cuestión de hecho que deberá efectuarse por cualquiera de los medios de prueba generalmente admitidos en Derecho, cuya valoración corresponderá efectuar a los órganos de gestión e inspección de la Administración Tributaria. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se considerará cumplido este requisito cuando el país o territorio en el que se realicen los trabajos tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información[47].

---

[45] La interpretación de este criterio ha sido objeto de gran controversia en relación a los servicios prestados por trabajadores de un grupo de empresas, en aras a dilucidar para cuál de ellas se realiza la correspondiente prestación y cuál es la que resulta beneficiada por el mismo. Para una visión global de este problema nos remitimos al trabajo de LÓPEZ, A.: "La exención para los trabajadores desplazados del artículo 7.p LIRPF tras la Ley 35/2006, de 28 de noviembre", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 12/2008, así como al trabajo de SELMA PEÑALVA, V.: "Régimen y problemática actual de los trabajadores desplazados al extranjero: beneficios fiscales y problemática de los expatriados", en *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, Documentos de Trabajo del instituto de Estudios Fiscales, núm. 7/2018, págs. 136 a 167.

[46] En este sentido, por todas, consulta de la DGT V1317-15, de 29 de abril. Como destaca, con acierto ALMAGRO MARTÍN, en el momento en que no se exige que los rendimientos hayan estado sometidos a gravamen por el impuesto análogo del Estado de la fuente, la medida contemplada en el art. 7.p) *"deja de ser una norma para evitar la doble tributación internacional, para convertirse en una auténtica y generosa exención, pudiendo dar lugar a supuestos en los que estos rendimientos no tributen ni en el país de origen ni en el de destino"*, en *Régimen tributario de los trabajadores impatriados y expatriados en el IRPF, op. cit.*, pág. 163.

[47] En la página web de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria pueden consultarse los países que tienen suscrito con España un convenio con cláusula de intercambio de información siguiendo el siguiente enlace. Es preciso destacar que, si los trabajos cuya retribución es susceptible de exención, se realizan en varios países, habrá que analizar el cumplimiento de este requisito en cada uno de los países a los que se desplaza el trabajador, de tal forma que la exención únicamente será aplicable respecto de las retribuciones que correspondan a aquellos

Finalmente, destacar que quedan fuera de los supuestos de aplicación la exención aquellos en los que las rentas percibidas por los días de estancia en el extranjero se correspondan con trabajos realizados en un país o territorio que haya sido calificado reglamentariamente como paraíso fiscal[48].

Pues bien, de concurrir los requisitos enunciados, el teletrabajador residente en España podrá aplicar la exención sobre el importe de los rendimientos obtenidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, exención que tendrá, como límite máximo, la cantidad de 60.100 €uros[49]. Los excesos sobre dicha cuantía, aun cuando sean compensación de trabajos desempeñados en el extranjero y cumplan todos los requisitos exigidos por la normativa aplicable, no gozarán del beneficio de la exención[50].

Por lo que se refiere al impacto de la exención establecida en el art. 7.p) LIRPF en la nómina del trabajador, los rendimientos que correspondan a servicios prestados en el extranjero en los términos anteriormente indicados estarán exentos de tributación en el IRPF aplicable en España y, por lo tanto, la empresa no deberá practicar retención alguna a cuenta de dicho impuesto. De este modo, el importe de los rendimientos del trabajo que queden exentos de tributación será descontado del total de las retribuciones del trabajo satisfechas al trabajador, circunstancia que tendrá un directo impacto en la reducción del porcentaje de retención aplicable al resto de retribuciones sujetas a

---

países en los que se cumpla el citado requisito (consulta DGT V2612-15, de 8 de septiembre). Asimismo, en caso de no existir convenio con clausula de intercambio de información, la DGT ha entendido que estaremos ante un impuesto idéntico o análogo cuando el tributo en cuestión *"grave la renta obtenida por el sujeto pasivo"* (consulta 0269-01, de 13 de febrero), siempre y cuando no se trate de un paraíso fiscal.

[48] En el siguiente enlace de la Agencia Española de la Administración Tributaria pueden consultarse los países que tienen la consideración de paraísos fiscales conforme a la legislación vigente.

[49] En relación al cálculo de los rendimientos susceptibles de exención, cuando el trabajador efectúe varios desplazamientos al extranjero, únicamente deberán tomarse en consideración los días en que el trabajador ha estado efectivamente desplazado fuera de territorio nacional, de modo que, solo los rendimientos devengados durante dichos días, quedarán exentos de tributación. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2021 y enlazando con la normativa laboral, así como con los postulados que regulan la exención, la interpretación coherente y razonable de los términos "trabajos efectivamente realizados en el extranjero" lleva a considerar que en el cálculo de los rendimientos exentos se entiendan comprendidos los días de llegada y partida del trabajador. Sobre la fórmula de cálculo de los rendimientos exentos nos remitimos a la consulta de la DGT V1437-22, de 20 de junio.

[50] Asimismo, debe tenerse en cuenta que la exención establecida en el art. 7.p) LIRPF resulta incompatible, por expresa disposición legal, con el régimen de excesos establecido en el art. 9.A.3.b) RIRPF en cuanto dicho régimen de exoneración se orienta, de forma clara, a desplazamientos prolongados de trabajadores fuera de las fronteras españolas. Sin embargo, en caso de que el desplazamiento al extranjero tenga una larga duración y se cumplan el resto de requisitos establecidos al efecto, el trabajador deberá optar por aplicar el art. 7.p) LIRPF o bien el establecido en el art. 9.A.3.b) 4º RIRPF, lo que requerirá un estudio particularizado para determinar cuál resulta más beneficioso para el trabajador afectado. A este respecto, *vid*. SELMA PEÑALVA, V.: "Régimen y problemática actual de los trabajadores desplazados al extranjero: beneficios fiscales y problemática de los expatriados", *op. cit.,* págs. 161 a 163.

tributación y supondrá, en consecuencia, un incremento de sus retribuciones netas. En este contexto, será necesaria la regularización de las retenciones que corresponde aplicar a las retribuciones del trabajo sujetas a tributación, regularización que deberá realizarse a lo largo del año natural en curso. En concreto, el art. 87.4 RIRPF, determina que los nuevos tipos de retención se aplicarán a partir de la fecha en la que se produzca la variación de las retribuciones sujetas a tributación, aunque, a opción del pagador, la regularización puede realizarse a partir del día 1 de los meses de abril, julio y octubre respecto a las variaciones que, respectivamente, se hayan producido en los trimestres inmediatamente anteriores a estas fechas.

1.3. *Deducción por doble imposición internacional respecto a los rendimientos del trabajo obtenidos por trabajos realizados en el extranjero (art. 80 LIRPF)*

La última de las cuestiones que nos proponemos analizar en el presente apartado es la relativa a la posible aplicación de la deducción por doble imposición internacional establecida en el art. 80 LIRPF en la autoliquidación del IRPF del teletrabajador residente en España. A este respecto, debemos partir de la consideración de que la doble imposición internacional se produce a consecuencia de la sujeción a dicho impuesto de las rentas mundiales obtenidas por aquél, con independencia de que se hayan obtenido en territorio español o en territorio extranjero. Como ya hemos visto, el Estado extranjero en el que el trabajador haya obtenido, materialmente, una renta derivada del trabajo personal realizado efectivamente en dicho territorio, habrá sometido a tributación dichas rentas en base al criterio de territorialidad o de la fuente a la vez que, el Estado de residencia, lo someterá a gravamen por su renta mundial. Se producirá, en consecuencia, una doble tributación sobre un mismo tipo de rentas, en un mismo período impositivo y por idéntica causa. Para eliminar los injustos efectos económicos de tales situaciones, el legislador español ha establecido una deducción, cuya aplicación únicamente corresponderá en defecto de convenio internacional aplicable o, de existir, cuando éste no contenga previsión alguna al respecto y, en su caso, siempre que no lo contradiga.

Pues bien, por lo que refiere a las rentas procedentes del trabajo realizado en remoto desde España, el pagador no está obligado, con carácter general, a practicar retención alguna sobre las mismas, según lo dispuesto, a tal efecto, en el art. 99.2 LIRPF[51]. Por

[51] Excepcionan esta regla general aquellos supuestos en los que la empresa opera en dicho territorio mediante un establecimiento permanente o bien cuando, sin mediar dicho establecimiento permanente, obtiene determinadas rentas en España respecto las cuales las retenciones pudieran constituir un gasto deducible. En concreto, se trata de las rentas a las que hace referencia el art. 24 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, esto es, prestaciones de servicios,

tanto, en lo que respecta a dichos importes no corresponde aplicar la deducción establecida en el art. 80 LIRPF puesto que su gravamen en España no genera doble imposición alguna. En efecto, de conformidad con lo establecido en el MCOCDE, dichas rentas únicamente pueden sujetarse a gravamen en el Estado de residencia, esto es, España y, en ningún caso, en el otro Estado, por lo que no es factible que se produzca un supuesto de doble imposición. Sin embargo, en la práctica es habitual que la empresa extranjera haya aplicado indebidamente retención, con la consecuente reducción que la misma comporta respecto a los rendimientos netos recibidos por el empleado. En tal caso, el sujeto afectado deberá solicitar la devolución de ingresos indebidos al Estado en el que radique la sede de la empresa pagadora[52].

Por otro lado, respecto a las rentas obtenidas por el teletrabajador por las tareas efectivamente desempeñadas en el extranjero, la deducción sí resulta de aplicación puesto que respecto a las mismas existe una competencia fiscal compartida entre el Estado de la fuente y el de residencia, circunstancia que comporta que tales rendimientos hayan tributado en ambos Estados y, por tanto, que se haya producido un supuesto de doble imposición. No obstante, debe tenerse en cuenta que podría suceder que la renta obtenida en el extranjero por el teletrabajador residente es España haya sido objeto de gravamen en el Estado de la fuente y que, por aplicación de la exención establecida en el art. 7.p) LIRPF, quede exenta de tributación en España. En tal caso, no resultaría de aplicación la deducción por doble imposición internacional prevista en el art. 80 LIRPF puesto que, no debiendo tributar por tales conceptos, no se produce doble imposición alguna por lo que, lógicamente, la aplicación de la deducción carecería de sentido. Sin embargo, como hemos visto en el epígrafe anterior, la exención prevista en el art. 7.p) LIRPF tiene un límite cuantitativo máximo de 60.100 €, por lo que cabe entender que las cuantías que superen dicho umbral, respecto a las que no habrá sido

asistencia técnica y obras de instalación o montaje derivados de contratos de ingeniería. En este contexto, debemos llamar la atención sobre el contenido del parágrafo final que se incorpora en la consulta de la Subdirección General de Fiscalidad Internacional V3286-17, de 27 de diciembre, al indicar *"sin embargo, si pudiera entenderse que la tenencia de trabajadores contratados en España en la modalidad de teletrabajo supone la existencia de un establecimiento permanente o, de no existir éste, la realización de una actividad económica en territorio español sin establecimiento permanente, dicha empresa irlandesa estaría obligada a practicar retención a cuenta del IRPF sobre los rendimientos del trabajo que abonara a los trabajadores residentes en España*".

[52] Así lo ha determinado, de forma expresa, la Dirección General de Tributos en la reciente consulta V1265-22, de 6 de junio, de acuerdo con la cual, dado que "*los rendimientos del trabajo objeto de consulta solamente pueden someterse a gravamen en España, no procederá aplicar la deducción por doble imposición internacional por un gravamen satisfecho en Estados Unidos por tales rendimientos, sin perjuicio de que la consultante pueda solicitar la devolución de dicho gravamen en Estados Unidos".* Sobre esta misma cuestión también resulta de interés la argumentación de la Subdirección General de Fiscalidad Internacional, en la ya citada consulta V3286-17, de 27 de diciembre, respecto a la no obligación de retención de una empresa irlandesa respecto a las retribuciones satisfechas a los empleados que teletrabajan desde España.

posible la aplicación de la exención, sí será posible aplicar la deducción que venimos analizando[53].

De resultar viable la deducción por doble imposición internacional, esta se aplicará, dentro del esquema de cuantificación del tributo, sobre la cuota líquida total para obtener la cuota diferencial (art. 79 LIRPF). En cuanto al importe de la deducción, el apartado 1 del art. 80 LIRPF, determina que se deducirá la menor de las siguientes cuantías: por un lado, el importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IRPF o al IRNR sobre dichos rendimientos; o bien el resultado de aplicar el tipo medio efectivo de gravamen a la parte de base liquidable gravada en el extranjero. A estos efectos, el tipo medio efectivo de gravamen será el resultado de multiplicar por 100 el cociente obtenido de dividir la cuota líquida total por la base liquidable (art. 80.2 LIRPF).

2. Tributación del teletrabajador no residente en territorio español respecto a las rentas vinculadas a tareas efectivamente realizadas en España

Para finalizar este trabajo creemos oportuno referirnos a los supuestos en los que el teletrabajador no es residente fiscal en España, pero ha realizado en territorio español determinadas tareas por las que ha recibido la correspondiente contraprestación en concepto de rendimiento del trabajo dependiente. En concreto, el teletrabajador que no cumple ninguno de los requisitos establecidos en el art. 9 LIRPF y recibe rentas que puedan entenderse generadas en territorio español tendrá la consideración de no residente en España y, en consecuencia, quedará sujeto, con carácter general, al Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en adelante, IRNR) por las mismas[54].

Dicho lo anterior, en el ámbito del IRNR existen dos formas de sujeción al impuesto, distinguiendo el art. 13 TRLIRNR según las rentas se entiendan obtenidas con o sin mediación de establecimiento permanente en dicho territorio. Nuestro objeto de estudio queda delimitado al segundo de los supuestos apuntados en la medida en que nos

---

[53] Aunque en el marco de la LIRPF anterior, en este mismo sentido se manifiesta LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Incompatibilidad en el IRPF de la deducción por doble imposición internacional con la exención de los rendimientos obtenidos en el extranjero", *Boletín Aranzadi Fiscal*, núm. 16/2000.

[54] En este sentido, el art. 5.a) TRLIRNR determina que son contribuyentes del IRNR *"las personas físicas y entidades no residentes en territorio español conforme al artículo 6 que obtengan rentas en él, salvo que sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas".* A tal efecto, el art. 6 TRLIRNR concreta que la residencia en territorio español se determinará de acuerdo a lo dispuesto en el art. 9 LIRPF, artículo cuyo contenido ha sido objeto de análisis en el epígrafe 1 del apartado III del presente trabajo.

referimos, propiamente, al teletrabajador no residente y a las rentas por él percibidas y no a las rentas obtenidas por la empresa para la que aquél trabaja[55].

En el contexto descrito, se entiende que las rentas del trabajo han sido generadas en España y, por tanto, quedan sujetas al IRNR, cuando *"deriven, directa o indirectamente, de una actividad personal desarrollada en territorio español"* [art. 13.1c) 1º TRLIRNR], circunstancia que, sin lugar a dudas, concurre en el supuesto planteado al inicio del presente apartado. De este modo, la aplicación del criterio de territorialidad como criterio de conexión, determina que dichas rentas queden sujetas a tributación en España.

En tales circunstancias, las rentas del trabajo generadas en territorio español se someterán a tributación de forma singular e individualizada, de modo que la base imponible correspondiente a las mismas estará constituida, con carácter general, por el importe íntegro o bruto de dichas rentas, sin deducción de gasto alguno (art. 24.1 TRLIRNR). Sin embargo, cuando se trate de contribuyentes residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado del Espacio Económico Europeo con efectivo intercambio de información tributaria, el importe de las retribuciones brutas podrá ser minorada en las cuantías correspondientes a los gastos previstos en el art. 19 LIRPF, siempre que el contribuyente acredite que están directamente relacionados con los rendimientos obtenidos en España y que tienen un vínculo directo e indisociable con la actividad desarrollada en nuestro país [art. 24.6.a) TRLIRNR]. A tal efecto, deberá aportar a la Administración Tributaria española un certificado de residencia fiscal en el Estado que corresponda expedido por la autoridad fiscal de dicho país.

Sobre dicha cuantía se aplicará un tipo de gravamen fijo en aras a determinar la cuota tributaria, cuyo porcentaje varía en función del país de residencia del teletrabajador. En concreto[56]:

[55] De acuerdo con el art. 13.1.a) TRLIRNR, "*se entenderá que una persona física o entidad opera mediante establecimiento permanente en territorio español cuando por cualquier título disponga en éste, de forma continuada y habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de su actividad o actúe en él por medio de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes. En concreto, se entenderá que constituyen establecimiento permanente las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, los almacenes, tiendas u otros establecimientos (…)".* En este contexto, la Administración Tributaria española podría aplicar este concepto para determinar la sujeción al IRNR de las rentas percibidas por la empresa en caso de que, a tenor del precepto transcrito, pudiera entenderse que aquella dispone de un establecimiento permanente en territorio español. Cabe recordar, a este respecto, la observación final que se realiza en la consulta de la Subdirección General de Fiscalidad Internacional V3286-17, de 27 de diciembre a la que hemos hecho referencia en la nota núm. 51 del presente trabajo.

[56] Tabla de tipos de gravamen publicada por la Agencia Tributaria en el siguiente enlace, en atención a las previsiones contenidas en el art. 25 TRLIRNR.

TIPO IMPOSITIVO APLICABLE A LOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO OBTENIDOS POR CONTRIBUYENTES NO RESIDENTES EN ESPAÑA			
TELETRABAJADORES RESIDENTES EN LA UNIÓN EUROPEA, ISLANDIA Y NORUEGA	**TELETRABAJADORES RESIDENTES EN LIECHTENSTEIN**		**RESTO DE CONTRIBUYENTES**
19%	Hasta 10/07/2021	Desde 11/07/2021	24%
	24%	19%	

Finalmente, de la cuota tributaria del IRNR únicamente resultarán deducibles los importes correspondientes a las deducciones por donativos, en los mismos términos previstos en la LIRPF[57], así como las retenciones que se hubieran practicado sobre las rentas sujetas a tributación del contribuyente. Cuando se deduzcan de la cuota las retenciones o ingresos a cuenta indicados, el contribuyente deberá adjuntar a su autoliquidación los documentos justificativos de las mismas. Por su parte, en este punto del esquema de cuantificación del tributo no corresponde aplicar deducción por doble imposición alguna puesto que la adopción de cualquier medida dirigida a paliarla corresponde al Estado de residencia del trabajador.

Por su parte, las rentas del trabajo obtenidas por el teletrabajador se entienden devengadas cuando resulten exigibles o en la fecha de cobro si ésta fuese anterior. A este respecto, la declaración deberá realizarse en el modelo único aprobado, a tal efecto, por el Ministerio de Economía y Hacienda, en los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero, en relación a las rentas cuya fecha de devengo esté comprendida en el trimestre natural anterior. Sin embargo, si la cuota derivada de la autoliquidación es cero, el plazo de presentación será del 1 al 20 del mes de enero del año siguiente al del devengo de las rentas declaradas. Asimismo, respecto a las autoliquidaciones cuyo resultado sea a devolver, su presentación podrá realizarse a partir del 1 de febrero del año siguiente al del devengo de las rentas declaradas y dentro del plazo de cuatro años contados desde el término del período de declaración.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, en el caso de teletrabajadores residentes en países con los que España tenga suscrito un Convenio de Doble Imposición, generalmente los rendimientos percibidos por el empleo ejercido en España quedarán exentos de tributación en nuestro territorio cuando se den, conjuntamente, las circunstancias establecidas, al efecto, en el art. 15.2 MCOCDE. Esto es: en primer lugar, cuando el trabajador no permanezca en territorio español más de 183 días durante el

[57] En concreto, se trata de la deducción por donativos establecida en el art. 68.3 LIRPF.

período impositivo; en segundo lugar, cuando las retribuciones sean satisfechas por un empleador no residente; y, finalmente, cuando dichas remuneraciones no sean soportadas por un establecimiento permanente o una base fija que el empleador tenga en España. En tales supuestos, el criterio de competencia fiscal compartida entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia respecto a las rentas del trabajo dependiente desempeñadas en el Estado en el que el teletrabajador no es residente fiscal, tienen como excepción los supuestos en los que concurren los requisitos indicados. En tal caso, se atribuye el exclusivo derecho a gravar dichas rentas al Estado de residencia y se evita, en consecuencia, la doble tributación internacional sobre las mismas. La finalidad de esta medida es evitar la tributación en el Estado de la fuente de las rentas vinculadas a tareas para las que el trabajador debe desplazarse por un corto período de tiempo, y respecto a las cuales la empresa no podrá aplicar gasto deducible alguno en el Estado de la fuente al no tener obligación de tributar en el mismo, así como la excesiva carga administrativa que, de no existir la exención, puede recaer sobre el empleador.

La aplicación de la exención en España, en cuanto Estado de la fuente, requiere que el trabajador presente ante la Administración Tributaria española un certificado de residencia fiscal expedido por la autoridad fiscal correspondiente en el que deberá constar, expresamente, que el teletrabajador es residente en dicho Estado en el sentido definido en el correspondiente Convenio de Doble Imposición y, por tanto, resulte acreditado el derecho a aplicar dicha exención.

V. REFLEXIONES FINALES

A pesar de la importancia jurídica y la relevancia práctica de los criterios de sujeción a las normas tributarias, los teletrabajadores desconocen, en su mayoría, las consecuencias tributarias de su aplicación y la incidencia que los mismos pueden tener en el ámbito de su imposición personal.

En este contexto, el presente trabajo ha buscado clarificar las repercusiones tributarias que los criterios de residencia y territorialidad tienen respecto a las rentas obtenidas por el teletrabajador por las tareas profesionales desarrolladas dentro y fuera de territorio español, así como apuntar la interpretación que, de *lege ferenda*, debe hacerse de la normativa aplicable en la materia a la vista de los expansivos criterios que vienen utilizando la Dirección General de Tributos y algunos Tribunales de justicia. A este respecto, resulta esencial el contenido del acuerdo de teletrabajo que deben firmar empresa y trabajador, así como, en su caso, los convenios o acuerdos colectivos existentes, puesto que la concreción de extremos tales como la entrega de los aperos necesarios para el desarrollo de las tareas laborales, el modo en que se realizará la

compensación de gastos derivados del teletrabajo, el tipo de tareas que se deberán desarrollar por parte del trabajador y el lugar en el que las mismas se llevarán a cabo, así como las fórmulas de control que la empresa realizará respecto a todos estos extremos, pueden contribuir, indudablemente, a evitar consecuencias tributarias indeseadas derivadas de una posterior comprobación por parte de la Administración Tributaria.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO MARTÍN., C.: *Régimen fiscal de los trabajadores expatriados y expatriados en el IRPF*, Ed. Dykinson, Colección fiscalidad, 2019.

ALMUNDÍ CID, J.M. y SERRANO ANTÓN, F.: "La residencia fiscal de las personas físicas en los convenios de doble imposición internacional y en la normativa interna española", *Revista de Contabilidad y Tributación* (CEF), núm. 221-222/2001.

BENITEZ PÉREZ, M.: "Análisis del impacto de la COVID-19 sobre la residencia fiscal de las personas físicas", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 12/2020.

CALDERÓN CARRERO, J.M.: "COVID-19 y fiscalidad internacional. Primeras recomendaciones de la OCDE", *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 446/2020.

CHECA GONZÁLEZ, C.: "Medidas y métodos para evitar la doble imposición internacional", *Impuestos*, núm. 12/1988.

DURAN SINDREU, A.: "¿Preocupa de verdad la fiscalidad del teletrabajo?", *Taxlandia. Bloc Fiscal y de opinión tributaria*, 17 de noviembre de 2020.

FALCÓN y TELLA, R.: "Las ausencias esporádicas y la residencia: el caso de las becas que implican una estancia en el extranjero de más de 183 días", Editorial *Revista Quincena Fiscal*, núm. 7/2018.

GARCÍA CARRETERO, B.: "Hacia la determinación del concepto de ausencias esporádicas en la fijación de la residencia en el IRPF", *Quincena Fiscal*, núm. 10/2018.

GARCÍA CARRETERO, B.: "Nuevas precisiones en materia de residencia fiscal", *Revista Quincena Fiscal,* núm. 8/2020.

GIL GARCÍA, E.: "La residencia fiscal de las personas físicas: indeterminación; ubicuidad y deslocalización", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 193/2022.

LANASPA SANJUAN, S. "La prueba de las ausencias no esporádicas en la residencia habitual de las personas físicas", *Crónica Tributaria*, núm. 164/2017.

LÓPEZ, A.: "La exención para los trabajadores desplazados del artículo 7.p LIRPF tras la Ley 35/2006, de 28 de noviembre", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 12/2008.

LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Incompatibilidad en el IRPF de la deducción por doble imposición internacional con la exención de los rendimientos obtenidos en el extranjero", *Boletín Aranzadi Fiscal*, núm. 16/2000.

MORIES JIMÉNEZ, M.T.: “Régimen fiscal de las compensaciones retributivas derivadas del teletrabajo: cuestiones sin resolver y propuestas de regulación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 8/2021.

RUIBAL PEREIRA, L.: “La relevancia del concepto de ausencia esporádica en la determinación de la residencia fiscal en el IRPF. (Análisis de la STS de 28 de noviembre de 2017, rec. núm. 812/2017)”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 419/2018.

SELMA PEÑALVA, V.: “Régimen y problemática actual de los trabajadores desplazados al extranjero: beneficios fiscales y problemática de los expatriados”, en *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional*, Documentos de Trabajo del instituto de Estudios Fiscales, núm. 7/2018, págs. 136 a 167.

SECRETARÍA OCDE: *Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 crisis,* 2020.

SIMÓN ACOSTA, E.: *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

SIMÓN ACOSTA, E. “A vueltas con la prueba de la residencia fiscal en España, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 917/2016.

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL INVESTIGADOR TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE LA CIENCIA [1]

Por

JOSEP MORENO GENÉ[2]
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida

josep.moreno@.udl.cat

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: En este trabajo se lleva a cabo un primer análisis y valoración de las modificaciones de la contratación laboral del personal investigador introducidas por la Ley 17/2022 mediante la que se modifica la Ley de la Ciencia y, en particular, en qué medida dicha norma afecta al diseño de la carrera investigadora, a la reducción de la temporalidad en el sector de la investigación y a la mejora de las condiciones de trabajo del personal investigador.

PALABRAS CLAVE: contrato predoctoral; contrato de acceso de personal investigador doctor; tenure track; contrato indefinido de actividades científico-técnicas.

SUMARIO: I. La Ley de la Ciencia de 2011 como punto de partida.- II. El diseño de una auténtica carrera investigadora. 1. La etapa predoctoral. 2. La etapa postdoctoral. 3. La etapa de consolidación.- III. La reducción de la temporalidad en el sector de la investigación. 1. Una apuesta decidida por la contratación indefinida. 2. Los reductos de la contratación temporal del personal investigador.- IV. La mejora de las condiciones laborales del personal investigador.- V. Una primera valoración del impacto de la reforma de la Ley de la Ciencia en la contratación laboral del personal investigador.

A FIRST APPROACH TO THE HIRING OF RESEARCH PERSONNEL AFTER THE REFORM OF THE SCIENCE LAW

ABSTRACT: In this work, a first analysis and assessment of the modifications of the labor contracting of research personnel introduced by Law 17/2022 by which the Law of Science is modified and, in particular, to what extent said norm affects to the design of the research career, to the reduction of temporary work in the research sector and to the improvement of the working conditions of the research staff.

KEYWORDS: predoctoral contract; access contract for doctoral research staff; tenure track; indefinite contract for scientific-technical activities.

---

[1] Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación en el que colaboro, PID2020-113929GB-100, sobre los límites de la autonomía de las Universidades Públicas.

[2] El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Cataluña “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

SUMMARY: I. The Science Law of 2011 as a starting point.- II. The design of an authentic research career. 1. The predoctoral stage. 2. The postdoctoral stage. 3. The consolidation stage.- III. The reduction of temporality in the research sector. 1. A firm commitment to permanent contracts. 2. The redoubts of the temporary hiring of research personnel.- IV. Improving the working conditions of research staff.- V. A first assessment of the impact of the reform of the Science Law on the hiring of research staff.

I. LA LEY DE LA CIENCIA DE 2011 COMO PUNTO DE PARTIDA

La versión original de la Ley de la Ciencia contemplaba diferentes instrumentos jurídicos dirigidos a satisfacer las diversas necesidades de contratación que plantea el personal investigador, ya sea mediante la previsión de modalidades contractuales específicas del ámbito de la investigación -contrato predoctoral, contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (en adelante, contrato de acceso al SECTI) y contrato de investigador distinguido-, o mediante la referencia genérica que se contenía en la propia Ley de la Ciencia de que se pudiera contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, especialmente, mediante el contrato de trabajo para obra o servicio determinado previsto en aquel momento en el art. 15.1.a) ET, respecto al cual también se introducían reglas específicas.

La aprobación de la Ley de la Ciencia inicialmente mereció una valoración positiva, no en vano, supuso la sustitución del recurso mayoritario a la convocatoria de becas de investigación -predoctorales, postdoctorales y vinculadas a proyectos, convenios y contratos de investigación- a las que hasta ese momento se había acudido para vincular a gran parte del colectivo de investigadores por la contratación laboral de los mismos, mucho más garantista con sus derechos. Esta valoración debía ser aún más favorable, si cabe, si la misma también venía aparentemente acompañada del establecimiento de una teórica carrera profesional del personal investigador, según la cual, tras transitarse por diversas figuras contractuales de carácter formativo y temporal -contrato predoctoral y contrato de acceso al SECTI-, se podía alcanzar la tan anhelada estabilidad laboral mediante el acceso a la contratación laboral indefinida del investigador. Asimismo, junto a estas figuras que configuraban la carrera profesional del investigador, se preveían otras tantas con las que se pretendían satisfacer distintas finalidades específicas, todas ellas *a priori* legítimas -contrato de investigador distinguido y contratados por obra o servicio determinados para la realización de un proyecto de investigación-.

Pese a las indiscutibles mejoras que introdujo la Ley de la Ciencia en la contratación laboral del personal investigador, el desarrollo posterior de la misma no fue todo lo satisfactorio que inicialmente cabía esperar. Diferentes motivos justifican esta afirmación: en primer lugar, la carrera profesional del personal investigador, si se admite que

realmente exista, se ha acabado convirtiendo en un penoso *vía crucis* por el que tienen que transitar durante demasiados años los investigadores, hasta que, únicamente una pequeña parte de los mismos, consiguen alcanzar la ansiada estabilidad laboral; en segundo lugar, la propia actividad investigadora se ha caracterizado en los últimos años por la nota de la temporalidad y, por extensión, de la precariedad laboral, dado el uso y abuso que se ha llevado a cabo en el sector de la investigación del contrato para obra o servicio determinados; y, finalmente, más allá de la temporalidad característica de la contratación en el sector de la investigación, el personal investigador padece de condiciones laborales muy precarias, especialmente, en materia retributiva o en materia de derechos indemnizatorios a la finalización de sus contratos.

No cabe duda que estos y otros elementos que definen a la contratación laboral del personal investigador permiten seguir afirmando, más de diez años después de la aprobación de la Ley de la Ciencia en el año 2011, que a este colectivo se le aplica un cierto "estado de excepción laboral", que le priva de gran parte de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico laboral sí dispensa con carácter general al resto de personas trabajadoras. No parece razonable que la función investigadora que desarrollan, entre otras entidades, las universidades públicas y los organismos públicos de investigación, pueda justificar este tratamiento tan peyorativo que sufre el personal investigador. En este punto, parece del todo necesaria la reconducción del régimen jurídico aplicable a la contratación laboral del personal investigador a las reglas generales que rigen la contratación laboral, no debiéndose contemplar más especialidades que las estrictamente derivadas de las necesidades específicas que se derivan de la función investigadora y, en particular, del peculiar sistema de formación/selección de los futuros investigadores.

Este panorama un tanto desolador de la contratación laboral del personal investigador, caracterizado por las notas de temporalidad y de precariedad laboral que se acaban de exponer, no únicamente afecta a las condiciones laborales de los investigadores, sino que supone una seria amenaza para el sector de la investigación en su conjunto, no en vano, juega en detrimento de las vocaciones científicas y favorece la fuga de cerebros hacia otros sistemas de investigación que otorguen un mayor y mejor reconocimiento de la actividad investigadora y, por extensión, de la profesión de investigador.

Es, precisamente, desde estas premisas que debe valorarse la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia , la Tecnología y la Innovación (en adelante, Ley 17/2022) y, por tanto, debe analizarse en qué medida dicha norma afecta al diseño de carrera investigadora, a la reducción de la

temporalidad en el sector de la investigación y a la mejora de las condiciones de trabajo del personal investigador.

II. EL DISEÑO DE UNA AUTÉNTICA CARRERA INVESTIGADORA

Resulta indiscutible que la Ley 17/2022 hace un esfuerzo notable por diseñar una auténtica carrera investigadora que se iniciaría con el contrato predoctoral, durante un máximo de cuatro años, con la finalidad de elaborar la tesis doctoral y obtener el título de doctor, y que continuaría con el contrato de acceso de personal investigador doctor, hasta un máximo de seis años, en los que se debe alcanzar un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional.

En el marco de este diseño de carrera investigadora que establece la Ley 17/2022, se prevé, a su vez, que el contrato de acceso de personal investigador doctor incorpore una especie de itinerario que debería conducir a la consolidación laboral de aquellos investigadores que al superar la evaluación de su actividad investigadora obtengan la certificación como investigador establecido -certificado R3-, la cual, se prevé que sea reconocida en los procesos selectivos de nuevo ingreso estable que sean convocados por universidades y organismos públicos de investigación -valoración como méritos investigadores y proyección sobre las pruebas o fases de valoración del currículo del personal investigador-. Con este mismo objetivo, también se establecen determinadas reservas de plazas para la incorporación de los investigadores que cuenten con el referido certificado R3, tanto en universidades como en organismos públicos de investigación.

Como fácilmente puede apreciarse y como reconocía la propia memoria de impacto normativo del Proyecto de Ley de modificación de la Ley de la Ciencia, este diseño de carrera universitaria se inspira en el Marco Europeo de la Carrera Investigadora aprobado en el año 2011 que viene a describir cuatro perfiles en dicho itinerario:

- Investigador/a R1: Investigador/a en fase inicial o investigador/a en formación. Se trata de aquellas personas que realizan investigaciones bajo supervisión en la industria, institutos de investigación o universidades. Incluye a las personas que están cursando un doctorado.

- Investigador/a R2: Investigador/a reconocido/a. Se trata de aquellas personas con un título de doctorado que aún no hayan establecido un nivel significativo de independencia, así como los investigadores e investigadoras con un nivel equivalente de experiencia y competencia.

- Investigador/a R3: Investigador/a consolidado/a. Se trata de personas que

desarrollan su actividad con un nivel de independencia.

- Investigador/a R4: Investigadores/as principales o investigadores/as senior. Se trata de personas que lideran su área o campo de investigación, de modo que incluiría el jefe de equipo de un grupo de investigación o la persona responsable de un laboratorio de I+D de la industria. En algunas disciplinas, sin embargo, pueden incluirse individuos que operan como investigadores solitarios.

Veamos muy brevemente a continuación como se configuran las diferentes etapas del diseño teórico de carrera investigadora previstas ahora en la Ley de la Ciencia.

1. La etapa predoctoral

La primera etapa de la carrera investigadora ya contemplada en la versión original de la Ley de la Ciencia y que se mantiene con la misma denominación tras la Ley 17/2022 es el contrato predoctoral, cuya regulación se encuentra recogida, además de en el art. 21 de la Ley de la Ciencia, en el desarrollo reglamentario de dicha norma, es decir, en el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación (en adelante, EPIPF).

El contrato predoctoral se configura como una modalidad contractual dirigida a satisfacer una necesidad muy concreta y específica consistente en la contratación de aquellos investigadores que se encuentran elaborando la tesis doctoral en la fase inicial de su carrera investigadora. Todo el régimen jurídico del contrato predoctoral se encuentra imbuido de esta finalidad, de la que deriva la propia denominación de esta modalidad contractual, “contrato predoctoral”, así como de uno los sujetos contratantes, el “personal investigador predoctoral en formación”.

Esta finalidad del contrato predoctoral se manifiesta en su propio objeto, que consiste en “la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, por quienes estén en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario con grado de al menos 300 créditos ECTS o master universitario o equivalente, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado” (art. 21 a) Ley de la Ciencia). A pesar de que la delimitación inicial del objeto del contrato podría plantear alguna duda al referirse genéricamente a “la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso”, la posterior exigencia de que estas actividades se desarrollen por quienes “hayan sido admitidos a un programa de doctorado” pone de manifiesto que el proyecto específico y novedoso que constituye el objeto de este contrato equivale a la realización de la tesis doctoral.

El art. 19 de la Ley 17/2022, sin embargo, irrumpe en esta delimitación del objeto del contrato predoctoral al añadir al objeto del contrato “la orientación postdoctoral por un

periodo máximo de doce meses", sin que, en ningún caso, la duración del contrato pueda exceder, en estos supuestos de su duración máxima. No cabe duda que se trata de una previsión sorprendente, no en vano, la opción adoptada en su momento por la Ley de la Ciencia consistente en limitar su ámbito subjetivo de aplicación a quienes hubieran sido admitidos en un programa de doctorado, suponía *de facto* excluir de la posibilidad de recurrir a esta modalidad contractual a los investigadores postdoctorales, es decir, aquellos que ya han finalizado con éxito su formación predoctoral, con lo que la actual previsión de la Ley 17/2022 podría estar alterando la propia naturaleza jurídica del contrato predoctoral.

En este contexto, cabe recordar que ya hace mucho tiempo que los investigadores en formación habían sostenido que la obtención del título de doctor no debería suponer automáticamente la extinción de la relación laboral que une al investigador predoctoral con la entidad contratante, habiéndose propuesto, por el contrario, que en estos supuestos el contrato predoctoral debería transformarse en un contrato de investigación postdoctoral, al menos hasta que se agotaran las ayudas a la investigación obtenidas por el investigador con las que se hubiera financiado el contrato predoctoral. A tal efecto, se consideraba conveniente que, como ya vienen haciendo algunas convocatorias, los programas de ayuda a la investigación previeran de forma expresa esta posibilidad. En estos casos, se abogaba por que la entidad contratante y el investigador en formación formalizaran un contrato temporal distinto al contrato predoctoral, ya fuera de los previstos en la Ley de la Ciencia o en el Estatuto de los Trabajadores.

Como puede observarse, la Ley 17/2022 se ha quedado a medio camino de estas propuestas, puesto que, por una parte, al prever que el contrato predoctoral pueda tener por objeto "la orientación postdoctoral", parece admitir que la obtención del doctorado no extinguirá necesariamente el contrato predoctoral, sino que el mismo podrá continuar vigente con este nuevo objeto de "la orientación postdoctoral", si bien, únicamente por un periodo máximo de doce meses. Por otra parte, sin embargo, no contempla para estos supuestos la que debería ser la opción más apropiada, que no es otra que la formalización de un nuevo contrato postdoctoral, que tuviera el referido objeto de "orientación postdoctoral".

Todavía en relación con el objeto del contrato predoctoral, sorprendía que la regulación de esta modalidad contractual contenida en el art. 21 de la Ley de la Ciencia no contemplara la posibilidad de que el personal investigador predoctoral en formación vinculado mediante esta modalidad contractual pudiera desarrollar, junto a las actividades investigadoras que constituyen el objeto principal de este contrato y, en particular, junto a la elaboración y defensa de la tesis doctoral, actividades docentes complementarias. Esta cuestión, sin embargo, fue posteriormente abordada por el

desarrollo reglamentario de la Ley de la Ciencia, estableciendo el art. 4.2 EPIPF que “el personal investigador predoctoral en formación podrá colaborar en tareas docentes sin que suponga una merma de la carga docente del departamento que asigne la colaboración hasta un máximo de 180 horas durante la extensión total del contrato predoctoral, y sin que en ningún caso se puedan superar las 60 horas anuales”.

Pese a que esta previsión reglamentaria aclara esta cuestión, no hubiera estado de más que la misma se hubiera incorporado de forma expresa en la Ley de la Ciencia, en la línea de lo que sucede, entre otros, con el contrato de acceso de personal investigador doctor, con lo que quedaría vedada la posibilidad de que con futuras modificaciones reglamentarias pudiera incrementarse en el futuro la docencia asignada a este colectivo de investigadores.

Por la misma razón que justifica que el contrato predoctoral se configure con dedicación a tiempo o a jornada completa, es decir, la finalidad formativa consistente en que el investigador predoctoral elabore y defienda su tesis doctoral, el contrato predoctoral se define como un contrato de evidente naturaleza temporal, no en vano, la elaboración y defensa de la tesis doctoral, requieren una delimitación temporal. En este punto, el art. 19 de la Ley 17/2022 se limita esencialmente a reordenar de una manera más coherente el contenido de la letra c) del art. 21 de la Ley de la Ciencia, sin introducir cambios de especial calado en relación con la duración del contrato predoctoral.

En esta dirección, en la nueva ordenación del art. 21 c) de la Ley de la Ciencia que incorpora la Ley 17/2022, tras indicarse que “el contrato será de duración determinada”, se establece que “la duración del contrato no podrá ser inferior a un año, ni exceder de cuatro años. Cuando el contrato se hubiese concertado por una duración inferior a cuatro años podrá prorrogarse sucesivamente sin que, en ningún caso, las prórrogas puedan tener una duración inferior a un año. Ningún trabajador podrá ser contrato mediante esta modalidad, en la misma o distinta entidad, por un tiempo superior a cuatro años”. Una vez expuesta la duración ordinaria del contrato predoctoral, se prevé que cuando el mismo se concierte con una persona con discapacidad, pueda alcanzar una duración máxima de seis años, prórrogas incluidas, teniendo en cuenta las características de la actividad investigadora y el grado de las limitaciones en la actividad. En definitiva, la duración máxima del contrato predoctoral será con carácter general de cuatro años y de hasta seis años si se trata de personas con discapacidad.

En todo caso, se sigue previendo que la actividad desarrollada por el personal investigador predoctoral en formación sea evaluada anualmente por la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, durante el tiempo que dure su permanencia en el programa, pudiendo ser resuelto el contrato en el supuesto de no superarse favorablemente dicha evaluación.

A la finalización del contrato predoctoral por expiración del tiempo convenido, el personal investigador tendrá derecho a una indemnización a la que ya nos referiremos más adelante.

2. La etapa postdoctoral

Una vez finalizada la etapa de la formación predoctoral y ante las dificultades que tradicionalmente ha planteado la incorporación de estos investigadores doctores al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, el art. 22 de la versión original de la Ley de la Ciencia introdujo otra modalidad de contrato de trabajo específica para el personal investigador que recibía la denominación de "contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación" y que, como su propio nombre indicaba, tenía por finalidad precisamente la de favorecer la incorporación de los investigadores postdoctorales al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación. Pues bien, esta modalidad contractual es sustituida por el art. 20 de la Ley 17/2022 por el nuevo "contrato de acceso de personal investigador doctor", que no supone un mero cambio en la denominación del contrato, sino que incorpora cambios sustanciales y de amplio calado en su régimen jurídico.

La regulación del nuevo contrato de acceso de personal investigador doctor prevista en el art. 20 de la Ley 17/2022 rompe de forma definitiva con la tradición histórica de vincular la contratación del personal investigador doctor con la contratación en prácticas, previéndose, por fin, una modalidad contractual específica y diferenciada dirigida específicamente a la contratación de este colectivo de investigadores.

El trabajo a desarrollar por el investigador doctor como consecuencia de la formalización del anterior contrato de acceso al SECTI consistía "primordialmente en la realización de tareas de investigación, orientadas a la obtención por el personal investigador de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional". Básicamente, el objeto del contrato se mantiene igual en el nuevo contrato de acceso de personal investigador doctor, si bien, el mismo se actualiza a las tareas que, a día de hoy, se esperan del personal investigador, de modo que la finalidad del contrato será la de "realizar primordialmente tareas de investigación, desarrollo, transferencia de conocimiento e innovación, orientadas a la obtención por el personal investigador de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional".

Por lo demás, como sucedía con el anterior contrato de acceso al SECTI, se prevé que el personal investigador contratado a través de esta nueva modalidad contractual pueda colaborar en tareas docentes, si bien, se ha incrementado la cuantía de las

mismas al preverse que “podrá realizar actividad docente hasta un máximo de 100 horas anuales, previo acuerdo en su caso con el departamento implicado, con la aprobación de la entidad para la que presta servicios, y con sometimiento a la normativa vigente de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

Además de ampliarse la cuantía de las posibles colaboraciones docentes de 80 a 100 horas anuales, en la nueva regulación del contrato de acceso de personal investigador doctor se elimina toda mención a que dichas colaboraciones sean complementarias y relacionadas con la actividad de investigación propuesta. No cabe duda que esta previsión se encuentra más dirigida a atender las necesidades docentes de las entidades contratantes que las necesidades de formación y perfeccionamiento del investigador doctor contratado, sin perjuicio, de que el mismo pueda tener interés en llevar a cabo dichas colaboraciones docentes para poder acceder a las acreditaciones correspondientes de profesorado universitario.

La finalidad formativa del contrato de acceso al SECTI hubiera justificado que el mismo se hubiera configurado con dedicación a tiempo o a jornada completa, sin embargo, nada se preveía en la Ley de la Ciencia al respecto, de modo que el mismo podía celebrarse a tiempo completo o a tiempo parcial. Esta anomalía se resuelve tras la Ley 17/2022 en relación con el nuevo contrato de acceso de personal investigador doctor respecto del que sí se prevé de forma expresa que deberá formalizarse con dedicación a tiempo completo. En consecuencia, no se podrán celebrar contratos a tiempo parcial bajo esta modalidad contractual, salvo, claro está, en los casos en que se proceda a reducir la jornada de trabajo en los supuestos legalmente previstos.

El nuevo contrato de acceso de personal investigador doctor sí prevé, por el contrario, de forma expresa el elemento de temporalidad. A tal efecto, prevé que la duración del contrato será al menos de tres años, y podrá prorrogarse hasta el límite máximo de seis años, sin que las prórrogas puedan tener una duración inferior a un año. En consecuencia, se amplían respecto al anterior contrato de acceso al SECTI tanto la duración mínima, de un año a tres, como la máxima, de cinco a seis años. La ampliación de la duración mínima del contrato parece razonable, puesto que difícilmente puede alcanzarse la finalidad de esa modalidad contractual, es decir, la obtención de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional, en un período de tiempo inferior. Más discutible resulta, por el contrario, la ampliación de la duración máxima del contrato de cinco a seis años, puesto que, si bien en algunas ocasiones puede ser útil al investigador para obtener las acreditaciones correspondientes para poder acceder a una plaza estable, en otras ocasiones, ello puede suponer alargar más y, en ocasiones, de un

modo injustificado, la situación de temporalidad y, por extensión, de precariedad laboral, de este colectivo de investigadores.

Por lo demás, se contempla de un modo expreso el supuesto de contratación mediante esta modalidad contractual de personas con discapacidad, solventándose el inexplicable olvido en este punto de la anterior regulación del contrato de acceso al SECTI. A tal efecto, se establece que en estos supuestos el contrato podrá alcanzar una duración máxima de ocho años, prórrogas incluidas, teniendo en cuenta las características de la actividad investigadora y el grado de las limitaciones en la actividad.

Finalmente, pese a preverse con carácter general que la duración de las prórrogas no pueden tener una duración inferior al año, se establece una salvedad para el supuesto en que por haber estado contratado el investigador bajo esta modalidad contractual el tiempo que reste hasta el máximo de seis años, o de ocho en caso de personas con discapacidad, sea inferior a un año, en cuyo caso se prevé que pueda concertarse igualmente el contrato, o su prórroga, por el tiempo que reste hasta el máximo establecido en cada caso.

A la finalización del contrato de acceso del personal investigador doctor por finalización del tiempo convenido, se tendrá derecho a una indemnización a la que ya nos referiremos más adelante.

3. La etapa de consolidación

Los arts. 20 y 21 de la Ley 17/2022 reordenan diferentes previsiones que hasta el momento se encontraban dispersas en la propia Ley de la Ciencia y en otras disposiciones legales, fijándose, en los arts. 22.2 y 22 bis de la Ley de la Ciencia, una especie de itinerario que debe conducir a la consolidación laboral de aquellos investigadores vinculados mediante el contrato de acceso de personal investigador doctor.

En primer lugar, en términos similares a lo previsto para el anterior contrato de acceso al SECTI, se prevé que el personal investigador contratado mediante el contrato de acceso de personal investigador doctor por universidades públicas, organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado u organismos de investigación de otras Administraciones públicas, incluidos los centros del Sistema Nacional de Salud y aquellos vinculados o concertados con este y las fundaciones del sector público y consorcios públicos de investigación, pueda optar a partir de la finalización del segundo año de contrato a una evaluación de la actividad investigadora desarrollada que, de ser positiva de acuerdo a requisitos previamente establecidos, le podrá ser reconocida con los efectos previstos en el itinerario de acceso estable al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación en el que se enmarca el contrato. En todo caso, se especifica

que esta evaluación se podrá utilizar únicamente a efectos de promoción y reconocimiento a lo largo del itinerario postdoctoral, si bien, no se identifican cuáles serán los concretos efectos de promoción y reconocimiento.

En segundo lugar, en el art. 22.3 de la Ley de la Ciencia, se prevé que en caso de superarse la evaluación de la actividad investigadora que se acaba de indicar, el personal investigador podrá obtener una certificación como investigador establecido, que se denomina certificado R3. A tal efecto, se prevé que el órgano competente para la evaluación de los requisitos de calidad de la producción y actividad científico-tecnológica establecidos para el certificado R3 como investigador establecido será la Agencia Estatal de Investigación. Si bien, se prevé que pueda ser requisito suficiente para obtener esta certificación el haber superado la evaluación anteriormente indicada, siempre que, de acuerdo con el criterio técnico de la Agencia Estatal de Investigación, quede garantizada la calidad y la homogeneidad de criterios de dichas evaluaciones.

En tercer lugar, ya en el apartado primero del nuevo art. 22 bis de la Ley de la Ciencia, se contempla el reconocimiento del certificado R3·como investigador establecido en los diferentes procesos selectivos. A tal efecto, se establece que dicho certificado será reconocido en los procesos selectivos de personal de nuevo ingreso estable que sean convocados por las universidades, por los organismos públicos de investigación y otros organismos de investigación de la Administración General del Estado, por los organismos de investigación de otras administraciones públicas, incluidos los centros del Sistema Nacional de Salud o vinculados o concertados con este y las fundaciones y consorcios de investigación biomédica, así como los consorcios públicos y fundaciones del sector público.

Asimismo, se establece que las plazas de nuevo ingreso estable a cuyos procesos selectivos podrá acceder el personal investigador con certificado R3 serán en el caso del personal contratado por los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado, las de la escala de científicos titulares y las de personal laboral fijo, en el caso del personal contratado por las universidades públicas, las de profesor titular y profesor contratado doctor, y en el caso del personal contratado por los organismos de investigación de otras administraciones públicas, las escalas de personal funcionario o estatutario equivalentes y las de personal laboral fijo.

Para todos estos supuestos, se establece que el certificado R3 se tendrá en cuenta a los efectos de su valoración como méritos investigadores en dichos procesos selectivos, y se proyectará sobre las pruebas o fases de valoración del currículo del personal investigador que formen parte de estos procesos, de forma que tendrá efectos de exención o compensación de parte de las pruebas o fases de evaluación curricular o equivalentes, para todas las administraciones públicas. Específicamente, para el ámbito

universitario, se prevé que dicha compensación o exención de la evaluación de méritos investigadores para las personas que estén en posesión del certificado R3 se podrá llevar a cabo en el proceso de acreditación a las figuras de profesor contratado doctor o de profesor titular de universidad.

Y, finalmente, como instrumento fundamental de este peculiar itinerario de consolidación, se establecen determinadas reservas de plazas para la incorporación del personal investigador doctor que cuenta con el certificado R3, que le acredita como investigador establecido. Por una parte, en relación con los organismos públicos de investigación, se establece que en la oferta pública de empleo, dentro del límite de la tasa de reposición correspondiente a las plazas para ingreso de las escalas de personal investigador, se establecerá una reserva de un mínimo del 25% de plazas para la incorporación de personal investigador doctor que haya participado en programas o subprogramas de ayudas postdoctorales y que haya obtenido el certificado R3 o haya superado una evaluación equivalente a la del Programa de Incentivación de la Incorporación e Intensificación de la Actividad Investigadora (I3). Para el supuesto que no se cubran todas estas plazas, las que queden desiertas se acumularán al resto de plazas ofertadas para la misma escala dentro de la tasa de reposición correspondiente a las plazas para ingreso de las escalas de personal investigador de los organismos públicos de investigación.

Por otra parte, respecto a las universidades públicas, se prevé que, dentro del límite de la tasa de reposición correspondiente a los cuerpos docentes universitarios y a los contratados doctores o las figuras laborales equivalentes o las que las puedan sustituir, se establecerá una reserva de un mínimo de un 15% de plazas para la incorporación de personal investigador doctor que haya obtenido el certificado R3 o haya superado una evaluación equivalente a la del Programa de Incentivación de la Incorporación e Intensificación de la Actividad Investigadora (I3).

El resultado final de este “itinerario de consolidación” no es otro que el de alcanzar el anhelado objetivo de la estabilización laboral de los investigadores vinculados mediante el contrato de acceso de personal investigador doctor, a través de su acceso a la condición de personal laboral fijo o funcionario, culminándose de este modo la carrera investigadora diseñada en la Ley 17/2022.

III. LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL SECTOR DE LA INVESTIGACIÓN

1. Una apuesta decidida por la contratación indefinida

La Ley 17/2022, siguiendo la estela del Real Decreto-ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, también ha abordado de un modo específico la reducción de la temporalidad en el sector de la investigación, puesto que más allá de contemplar el diseño de la carrera investigadora que se acaba de exponer y que debe culminar con la contratación estable de los investigadores, aborda una de las cuestiones más arduas y espinosas que, sin lugar a dudas, plantea la contratación laboral de los investigadores, es decir, la contratación de personal investigador para la realización de tareas de investigación vinculadas a convenios, contratos o proyectos de investigación y que hasta la actualidad había venido siendo monopolizada por el recurso al contrato para obra o servicio determinados, que gozaba de un diseño extremadamente privilegiado en favor de las universidades y organismos públicos de investigación.

Es cierto que el abordaje de esta compleja cuestión se ha visto notablemente incentivado por la reforma laboral de 2021, que ha procedido a la eliminación del contrato para obra o servicio determinados, con carácter general y, específicamente, para el sector de la investigación, pero, no cabe duda, que ya con anterioridad a esta reforma se había suscitado una intensa reflexión sobre la necesidad de transitar de la actual situación de temporalidad estructural del sector de la investigación hacia una situación más normalizada de estabilidad laboral.

Con estos antecedentes se ha procedido a aprobar una modalidad indefinida de contrato laboral que se denomina contrato de actividades científico-técnicas y que se diseña con los contornos más amplios y flexibles posibles, con el fin de que pueda cubrir todas aquellas contrataciones de personal investigador que hasta la actualidad se habían articulado a través del contrato temporal para obra o servicio determinados, tanto en lo que respecta a los sujetos, al objeto del contrato, a los procedimientos administrativos de contratación, etcétera.

Pese a tratarse de una nueva modalidad contractual, el contrato de actividades científico-técnicas no resulta totalmente novedoso en el ámbito de la investigación, sino que, por el contrario, encuentra un antecedente inmediato en el contrato indefinido para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica y técnica o de innovación, introducido en su momento por el Real Decreto-Ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de la Ciencia, la Tecnología, la Innovación y la Universidad y regulado en el apartado segundo de la disposición adicional

vigesimotercera de la Ley de la Ciencia, hasta su derogación por la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 8/2022.

En este punto, no cabe duda que la correcta delimitación del objeto es fundamental en cualquier modalidad contractual, pero aún lo es más en el contrato de actividades científico-técnicas, puesto que nos encontramos ante una actividad, la investigadora, muy peculiar, con muchas aristas y, por tanto, de difícil acotación. Pese a ello, en el apartado primero del art. 23 bis de la Ley de la Ciencia, nos encontramos ante una delimitación del objeto del contrato que podemos calificar como kafkiana, no en vano, se establece que consistirá en "la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas que se definen como un conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos, construidos de manera sistemática alrededor de un eje temático en el que confluyan actividades realizadas por uno o más grupos de investigación y requerirá su desarrollo siguiendo las pautas metodológicas adecuadas en forma de proyectos de I+D+I".

Pese a las dificultades interpretativas que se pueden plantear al respecto, nos encontramos ante una delimitación del objeto del contrato lo más amplia posible, con la que se pretende dar cabida a la contratación de todo aquel personal investigador y personal técnico requerido por los diferentes agentes públicos de investigación, especialmente, universidades y organismos públicos de investigación, para la ejecución de su actividad investigadora -líneas de investigación o servicios científico técnicos- que se desarrolle a través de proyectos de I+D+I -metodología en forma de proyectos-.

En este punto, resulta especialmente relevante que se incluya de un modo expreso en el objeto del contrato de actividades científico-técnicas la "gestión científico-técnica" de las líneas de investigación. A tal efecto, una de las cuestiones interpretativas que planteaba el anterior contrato indefinido para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica y técnica o de innovación era, precisamente, si en el mismo encajaba la contratación de los gestores de proyectos de investigación. Pues bien, ahora no cabe duda que estas actividades y, por tanto, quienes las realizan, se integran en el objeto del nuevo contrato de actividades científico-técnicas, lo cual parece totalmente acertado dada la importancia creciente de este colectivo en la correcta ejecución de esta actividad investigadora.

El anterior contrato indefinido para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica y técnica o de innovación, al que, como ya se ha indicado, viene a sustituir el nuevo contrato de actividades científico-técnicas, además de estar previsto, como su nombre indica, para la ejecución de planes y programas públicos de investigación, exigía de forma paralela que el mismo estuviera financiado por una

entidad externa a la contratante. En consecuencia, la habilitación para llevar a cabo esta contratación indefinida se encontraba, precisamente, en la financiación externa y específica, proveniente de convocatorias competitivas, y con un claro carácter finalista y temporal, y no proveniente de fondos estructurales de la propia entidad.

El contrato de actividades científico-técnicas no parece compartir necesariamente esta exigencia, no en vano, en el apartado tercero del nuevo art. 23 bis de la Ley de la Ciencia se establece que "(…) cuando los contratos estén vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad (…)", de lo que parece desprenderse que es posible que dichos contratos en otras ocasiones no se encuentren vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad. En consecuencia, todo hace pensar que, al menos respecto a algunas de las entidades contratantes, se estaría dando cabida tanto a contratos financiados con fondos externos, como a contratos financiados con fondos propios de carácter finalista de la propia entidad contratante -programas propios de I+D+I financiados con fondos no estructurales-.

No cabe duda que una de las principales causas del fracaso de la contratación indefinida en el sector de la investigación se encuentra en las importantes restricciones presupuestarias existentes para la incorporación de nuevo personal indefinido en el sector público, así como también, en las "trabas burocráticas" que se deben satisfacer en estos supuestos y que dificultan y ralentizan enormemente las posibilidades de acudir a la contratación indefinida, frente al recurso mucho más ágil y dinámico que suponía el anterior contrato para obra o servicio determinados.

Con la finalidad de facilitar el recurso al contrato de actividades científico-técnicas, el nuevo art. 23 bis de la Ley de la Ciencia incorpora diferentes previsiones dirigidas a flexibilizar los requisitos de contratación. En primer lugar, con carácter general, se prevé que los contratos de actividades científico-técnicas no formarán parte de la Oferta de Empleo Público ni de los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal a que se refiere el artículo 70 EBEP, ni su convocatoria estará limitada por la masa salarial del personal laboral. En consecuencia, esta modalidad contractual no estaría sujeta a los límites de la oferta de empleo público ni a las tasas de reposición. Y, en segundo lugar, para los supuestos más habituales en que dichos contratos de actividades científico-técnicas estén vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, no se requerirá el trámite de autorización previa, que, por tanto, quedaría reservado para aquellos contratos financiados con fondos propios de carácter finalista de

la propia entidad contratante -programas propios de I+D+I financiados con fondos no estructurales-.

Por el contrario, el nuevo art. 23 bis de la Ley de la Ciencia no aborda de forma expresa el otro gran escollo que tradicionalmente ha encontrado la contratación indefinida en el sector público de investigación, que no es otro que la gran complejidad y, en consecuencia, inseguridad jurídica, que suscita la extinción de estos contratos cuando se agota la financiación que los sustenta. A tal efecto, la regulación del nuevo contrato de actividades científico-técnicas no contiene ninguna referencia dirigida de forma expresa a regular la extinción de esta modalidad contractual, salvo una vaga e imprecisa mención a que al personal contratado mediante la misma le corresponderá la indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral; previsión que, por lo demás, genera más dudas de las que resuelve.

Con toda seguridad, la falta de una previsión expresa sobre esta cuestión va a comportar que en relación con el nuevo contrato de actividades científico-técnicas se van a reproducir todas las dudas interpretativas que ya se plantearon en su momento respecto a la extinción del contrato indefinido para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica y técnica o de innovación. A tal efecto, cabe recordar que tradicionalmente se habían identificado dos posibles vías de extinción de estos contratos, a saber, por el cumplimiento de una especie de condición resolutoria derivada de la propia regulación legal, que consistiría en la pérdida o finalización de su financiación externa, o bien, a través de la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 52 e) ET, que habilita la extinción del contrato "en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate (…)".

Ambas vías de extinción contractual, sin embargo, plantean importantes interrogantes aplicativos en relación con el nuevo contrato de actividades científico-técnicas. En el primer supuesto, por la propia falta de contundencia y claridad de la norma a la hora de establecer esta especie de condición resolutoria legal, según la cual, la pérdida de la financiación externa constituiría una causa de extinción del contrato, máxime teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico-laboral ya cuenta con procedimientos más garantistas para la persona trabajadora a la hora de extinguir el contrato de trabajo por voluntad unilateral ligada a la pérdida de financiación del contrato. En el segundo supuesto, los problemas aplicativos derivarían de las dificultades que supone aplicar esta

vía extintiva del contrato de trabajo a las Administraciones Públicas, puesto que, tras la reforma del art. 52 e) ET, la misma parecería haber quedado reservada a las entidades sin ánimo de lucro distintas de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de interpretaciones más flexibles que sí permitirían que todas aquellas entidades que carecieran de ánimo de lucro en sus fines estructurales pudieran acudir a esta vía extintiva del contrato.

En este punto, no cabe duda que la opción más pragmática sería la modificación legal del art. 52 e) ET, para que permitiera de un modo indubitado que las entidades del sector público de investigación pudieran proceder a la extinción del contrato indefinido de actividades científico-técnicas cuando se acreditara la pérdida total o sustancial de los fondos finalistas con los que se ha financiado el contrato.

En este contexto, algunas universidades y organismos públicos de investigación están optando por incluir en todos los contratos indefinidos vinculados a financiación con fondos específicos y finalistas, ya sean propios o externos, una previsión expresa de extinción del contrato por falta de financiación, de acuerdo con lo previsto en el art. 52 e) ET. Este tipo de cláusulas, sin embargo, podrían chocar con la limitación a la autonomía de la voluntad que opera en el marco de las relaciones laborales, especialmente, en supuestos como este, que podrían contravenir el principio de estabilidad en el empleo.

Mientras no se lleve a cabo esta modificación legal del art. 52 e) ET, sin embargo, no cabe desdeñar el recurso en estos supuestos a los despidos objetivos previstos con carácter general en los arts. 51 y 52 ET, que no necesariamente deben quedar vedados tras la derogación de la disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores, en la que se regulaban los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, dada la remisión genérica que el art. 7 EBEP efectúa a la legislación laboral. Una interpretación contraria a esta posibilidad, que abogara por la prohibición de despedir por estas causas limitaría mucho las herramientas de que disponen las universidades y los organismos públicos de investigación para poder afrontar las coyunturas económicas siempre tan oscilantes que desgraciadamente acompañan a la financiación de la investigación en nuestro país.

Por si todas estas dificultades no fueran suficientes, no cabe duda que la implantación del contrato de actividades científico-técnicas se va a ver afectada, además, por el carácter un tanto anárquico de los diferentes programas y convocatorias de ayudas a la investigación, lo que va a comportar que existan lagunas en la financiación de dicha modalidad contractual que van a obligar a extinguir los contratos formalizados, con los costes indemnizatorios que de ello se derivan, para volver a contratar al poco tiempo al mismo investigador mediante la misma modalidad contractual indefinida cuando se obtenga nueva financiación para ello. Por ello, es del todo imprescindible una correcta

calendarización y secuenciación de las convocatorias, así como al escrupuloso cumplimiento de la planificación efectuada, de tal modo que no existan periodos en blanco.

Pese a todas las dificultades expuestas, no cabe duda que la eliminación del contrato para obra o servicio determinados va a contribuir de un modo decisivo a la contratación laboral indefinida de todos aquellos investigadores contratados para la realización de tareas de investigación vinculadas a convenios, contratos o proyectos de investigación, lo cual debe ser valorado de forma positiva.

2. Los reductos de la contratación temporal del personal investigador

Como es bien conocido, a finales del año 2021 tuvo lugar la aprobación del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, Real Decreto-Ley 32/2021), que tuvo un impacto trascendental en el ámbito de la investigación, por cuanto que, entre otras medidas adoptadas por dicha norma, se procedió a la eliminación del contrato para obra o servicio determinados, que hasta el momento había constituido uno de los principales instrumentos de contratación temporal de los investigadores.

En este contexto, la Ley 17/2022 procede a eliminar todas las referencias al contrato para obra o servicio determinados previsto en la anterior redacción del art. 15.1 a) ET y que inicialmente se contenían en la Ley de la Ciencia, en particular, en los arts. 26.7, 30, el apartado segundo de la disposición adicional decimocuarta y en el apartado primero de la disposición adicional vigésimo tercera.

Sin embargo, a pesar de que la reforma laboral de 2021 ha supuesto con carácter general la eliminación de la contratación temporal del personal investigador y técnico con cargo a proyectos, convenios o contratos de investigación, la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 32/2021 aún contemplaba la posibilidad de acudir a la contratación de duración determinada en aquellos proyectos de investigación que se formalizaran para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación proviniera de fondos europeos.

La concreción de esta posibilidad a la contratación del personal investigador ha acabado siendo una de las cuestiones más problemáticas en el proceso de aprobación de la Ley 17/2022. A tal efecto, la disposición adicional décima de dicha norma, no contemplada en el proyecto de ley inicial, pero aprobada por el Congreso de los Diputados, bajo el enunciado de “condiciones de aplicación de modalidades de contratación temporal en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y

Resiliencia y Fondos europeos no competitivos", establecía que "en el ámbito de aplicación de la presente ley solo será de aplicación la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 32/2021 (…), en relación con la reforma de las modalidades de contratación temporal, cuando se trate de contratos de duración determinada por parte de las entidades que integran el sector público, reguladas en el art. 2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, siempre que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos, así como para contratos necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación dependa de fondos europeos no competitivos".

Como fácilmente puede observarse, con esta previsión se limita el recurso a la contratación de duración determinada, en relación con los programas financiados por fondos europeos, a aquellos supuestos que se trate de fondos no competitivos y, por tanto, no respecto a aquellos supuestos más habituales en el ámbito de la investigación, en que se trata de proyectos de investigación a los que se acude en concurrencia competitiva. Esta limitación suscitó críticas mayoritarias por parte de los gestores de las entidades integrantes del sector de la investigación, al considerar que las abocaba a tener que despedir a los investigadores contratados, incluso mediante despidos colectivos, a la finalización del correspondiente proyecto de investigación europeo con el que se financiaban sus contratos, con los costes económicos y organizativos y burocráticos que de ello se desprende. Al mismo tiempo, sin embargo, dicha previsión levantó aplausos en los propios investigadores, por considerar que suponía un impulso definitivo a su contratación indefinida y, además, evitaba agravios comparativos según la fuente de financiación europea o nacional de los proyectos de investigación y, por extensión, de sus contratos de trabajo.

En este contexto, en la tramitación en el Senado del Proyecto de Ley de reforma de la Ley de la Ciencia, se aprobó una enmienda presentada por el Partido Popular, sorprendentemente apoyada en el último momento por Esquerra Republicana de Cataluña, que eliminaba la referida disposición adicional décima, de modo que pasaba a admitirse el recurso a la contratación determinada en todos aquellos contratos de investigadores necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación dependiera de fondos europeos, sin hacer distingo entre si los mismos son o no competitivos.

Esta enmienda introducida en el Senado, sin embargo, fue finalmente rechazada por el Congreso de los Diputados, de manera que la redacción final de la Ley 17/2022 sí

incorpora la referida disposición adicional décima y, en consecuencia, limita la posibilidad de acudir a los contratos de duración determinada para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación dependa de fondos europeos no competitivos, potenciándose de este modo de un modo decisivo la contratación de los investigadores vinculados a proyectos de investigación europeos. En contrapartida, el Gobierno habría pactado con Esquerra Republicana de Cataluña un incremento de la financiación de los centros de investigación que permita cubrir los hipotéticos costes indemnizatorios que se puedan derivar del despido de los investigadores a la finalización de los correspondientes proyectos de investigación europeos.

Más allá de esta posibilidad de contratación temporal del personal investigador, situada al margen de la carrera investigadora se encuentra el contrato de investigador distinguido, si bien, en ocasiones, ha sido empleado también como una vía de consolidación del personal investigador. Esta modalidad contractual se mantiene sin especiales cambios tras la Ley 17/2022.

El art. 22 de la Ley 17/2022 delimita el objeto de esta modalidad contractual indicando que consistirá en "la dirección de equipos humanos como investigador/a principal, dirección de centros de investigación o transferencia de conocimiento e innovación, o de instalaciones o programas científicos y tecnológicos similares de gran relevancia en el ámbito de conocimiento de que se trate, en el marco de las funciones y objetivos del empleador". Junto a estas tareas de dirección que se acaban de exponer, la Ley 17/2022 incorpora la posibilidad, no prevista de forma expresa hasta el momento, de que el investigador distinguido contratado también pueda "realizar actividad docente hasta un máximo de 100 horas anuales, previo acuerdo en su caso con el departamento implicado, con la aprobación de la entidad para la que presta servicios, y con sometimiento a la normativa vigente de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas".

Pues bien, por lo que respecta a la determinación de la duración de esta modalidad contractual, el apartado b) del art. 23 de la Ley de la Ciencia se remite a lo que acuerden las partes en el contrato de trabajo. En consecuencia, *a priori,* las partes tendrán plena libertad para optar por la duración indefinida o temporal del contrato, apartándose de este modo de la legislación laboral común que parte de la consideración de que la contratación temporal es siempre causal (art. 15 ET).

IV. LA MEJORA DE LAS CONDICIONES LABORALES DEL PERSONAL INVESTIGADOR

Finalmente, la Ley 17/2022 también aborda la mejora de las condiciones laborales del personal investigador, si bien, en este punto se limita básicamente a contemplar los

derechos indemnizatorios correspondientes al personal investigador a la finalización de sus contratos y, en particular, la correspondiente al contrato predoctoral y al contrato de acceso de personal investigador doctor, así como a garantizar el disfrute de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin que ello suponga un perjuicio para la carrera investigadora de quienes los disfrutan, especialmente, de las investigadoras.

1. El derecho al percibo de indemnización a la finalización del contrato

A tal efecto, se fija una indemnización a la finalización del contrato predoctoral y del contrato de acceso de personal investigador doctor de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resulte de abonar doce días de salario por cada año de servicio, dándose satisfacción de este modo a una larga reivindicación de este colectivo de investigadores y que hasta la actualidad había sido vedada por los tribunales laborales.

En este punto, cabe recordar que una de las principales cuestiones litigiosas que había planteado el contrato predoctoral desde su aprobación había sido la de determinar si los investigadores contratados a través de esta modalidad contractual tenían o no derecho a percibir alguna indemnización a la finalización del contrato. A tal efecto, cabe recordar que nada se preveía al respecto ni en la versión original de la Ley de la Ciencia ni en el desarrollo reglamentario de la misma por parte del EPIPF.

Esta cuestión había sido resuelta por la STS de 13 de octubre de 2020 (núm. rec. 119/2019). A tal efecto, el Alto Tribunal, pese a considerar que no nos encontramos propiamente ni ante un contrato para obra o servicio determinados ni ante un contrato en prácticas, sino ante una modalidad contractual autónoma y específica del ámbito de la investigación, ha considerado que, por su finalidad, consistente en la formación predoctoral hasta la obtención del título de doctor, el contrato predoctoral tiene un carácter más bien formativo. Esta apreciación le permite afirmar que el contrato predoctoral debe quedar asimilado más a un contrato formativo y, en particular, al contrato en prácticas, que a un contrato para obra o servicio determinados.

Esta delimitación de la naturaleza jurídica del contrato predoctoral, como no podía ser de otro modo, predetermina la respuesta dispensada por el Tribunal Supremo a la cuestión de si tras la finalización del contrato predoctoral por su cumplimiento los investigadores predoctorales en formación tienen derecho o no a percibir alguna indemnización, de modo que concluía que “el legislador ha diseñado una modalidad contractual, de carácter formativo, a la que no ha atribuido indemnización en el momento de su finalización, en la misma línea seguida con otros contratos temporales del ET”.

En este contexto, se había mantenido que lo más oportuno sería que se procediera a dignificar las condiciones laborales del personal investigador predoctoral en formación mediante una intervención legislativa que introdujera de forma expresa dentro del catálogo de derechos de este colectivo de investigadores el derecho a una indemnización a la finalización de sus respectivos contratos predoctorales, en cuantía, cuanto menos, equivalente a la de doce días de salario por año de servicios, prevista para la finalización de otros contratos temporales. A tal efecto, meras razones de política científica y de equidad justificaban por si mismas la incorporación de una indemnización en estos supuestos.

Pues bien, la Ley 17/2022 ha atendido estas propuestas y ha previsto de un modo expreso, tanto en relación con el contrato predoctoral como en relación con el contrato de acceso de personal investigador doctor que a la finalización de ambos contratos por expiración del tiempo convenido, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la prevista para los contratos de duración determinada en el art. 49 ET. En consecuencia, a la finalización sus contratos dichos investigadores tendrán derecho a percibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio.

2. La compatibilidad entre el disfrute de los derechos de conciliación y la carrera investigadora

En la misma línea de mejora de las condiciones laborales del personal investigador, el art. 19 de la Ley 17/2022 introduce algún cambio en la identificación de aquellos supuestos que interrumpen el cómputo de duración del contrato predoctoral y del contrato de acceso de personal investigador doctor, actualizándose las anteriores causas previstas por la Ley de la Ciencia por las actuales de “incapacidad temporal y los periodos de tiempo dedicados al disfrute de permisos a tiempo completo por gestación, embarazo, riesgo durante la gestación, el embarazo y la lactancia, nacimiento, maternidad, paternidad, adopción por guarda con fines de adopción o acogimiento familiar, o lactancia acumulada a jornadas completas, o por situaciones análogas relacionadas con las anteriores así como el disfrute de permisos a tiempo completo por razones de conciliación o cuidado de menores, familiares o personas dependientes, y el tiempo dedicado al disfrute de excedencias por cuidado de hijo/a, de familiar o por violencia de género”.

A lo cual se añaden ahora por dicho precepto determinados supuestos que, sin llegar a interrumpir el cómputo del plazo límite de duración del contrato predoctoral y del contrato de acceso de personal investigador doctor, sí dan lugar a la prórroga del

contrato por el tiempo equivalente a la jornada que se haya reducido. Estos supuestos son los siguientes: "periodos de tiempo dedicados al disfrute de permiso a tiempo parcial por nacimiento, maternidad, paternidad, adopción por guarda con fines de adopción o acogimiento familiar, y la reducción de jornada laboral por razones de lactancia, nacimiento de hijo/a prematuro u hospitalizado tras el parto, guarda legal, cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave, de familiares afectados por accidente o enfermedad grave o de personas dependientes, o por violencia de género, o reducciones de jornada por situaciones análogas relacionadas con la anteriores así como por razones de conciliación o cuidado de menores, familiares o personas dependientes".

Esta ampliación de las situaciones que interrumpen el cómputo de duración del contrato predoctoral y del contrato de acceso de personal investigador doctor, así como la incorporación de los supuestos de prórroga del mismo deben valorarse de forma muy positiva, puesto que, al tiempo que se asimila la regulación a lo previsto respecto a otras modalidades contractuales, se consigue que todas estas situaciones resulten inocuas para la carrera profesional del personal investigador y, muy especialmente, de las investigadoras.

V. UNA PRIMERA VALORACIÓN DEL IMPACTO DE LA REFORMA DE LA LEY DE LA CIENCIA EN LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR

Como indicábamos en la introducción de este trabajo, la valoración de la Ley 17/2022 debe efectuarse atendiendo a si la misma resuelve los problemas que en la actualidad plantea la contratación laboral del personal investigador y, en particular, si por fin se consigue definir una verdadera carrera universitaria, si supone un avance relevante en la reducción de la temporalidad en el sector de la investigación y, finalmente, si contribuye de un modo significativo a la mejora de las condiciones de trabajo del personal investigador. En definitiva, debe analizarse hasta qué punto la reforma de la Ley de la Ciencia contribuye a poner fin o, cuanto menos, a reducir los inaceptables niveles de temporalidad y de precariedad laboral que hasta el momento han caracterizado a la profesión de investigador en este país.

Bajo estas premisas, resulta indiscutible que la Ley 17/2022 hace un esfuerzo notable por diseñar una auténtica carrera investigadora que, como se ha expuesto a la largo de este trabajo, se iniciaría con el contrato predoctoral, durante un máximo de cuatro años, con la finalidad de elaborar la tesis doctoral y obtener el título de doctor, y que continuaría con el contrato de acceso de personal investigador doctor, hasta un máximo de seis años, en los que se debe alcanzar un elevado nivel de perfeccionamiento y

especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional.

En el marco de este diseño de carrera investigadora que establece la Ley 17/2022, se prevé, a su vez, que el contrato de acceso de personal investigador doctor incorpore una especie de itinerario que debería conducir a la consolidación laboral de aquellos investigadores que al superar la evaluación de su actividad investigadora obtengan la certificación como investigador establecido -certificado R3-, la cual, se prevé que sea reconocida en los procesos selectivos de nuevo ingreso estable que sean convocados por universidades y organismos públicos de investigación -valoración como méritos investigadores y proyección sobre las pruebas o fases de valoración del currículo del personal investigador-. Con este mismo objetivo, también se establecen determinadas reservas de plazas para la incorporación de los investigadores que cuenten con el referido certificado R3, tanto en universidades como en organismos públicos de investigación.

Como fácilmente puede deducirse, el resultado final de este "itinerario de consolidación" no es otro que el de alcanzar el anhelado objetivo de la estabilización laboral de los investigadores vinculados mediante el contrato de acceso de personal investigador doctor, a través de su acceso a la condición de personal laboral fijo o funcionario, culminándose de este modo la carrera investigadora diseñada en la Ley 17/2022.

A pesar de las buenas intenciones que pueden guiar todas estas previsiones, se corre el riesgo de que las mismas aún puedan resultar insuficientes para garantizar una mínima proporcionalidad entre el número total de contratos de acceso de personal investigador doctor que se vayan a formalizar y el número de plazas de personal laboral fijo y funcionario que se pueden convocar en el sector público, lo que va a suponer que muchos investigadores doctores no puedan estabilizarse o consolidarse laboralmente, sufriendo largos e injustificados períodos de inestabilidad y precariedad laboral, siendo además muy difícil que los mismos sean contratados, como sería deseable, de forma estable en el sector privado, lo que probablemente les siga empujando a emigrar al extranjero con la consecuente pérdida de talento o fuga de cerebros que ello comporta.

En definitiva, no puede afirmarse que la Ley 17/2022 esté instaurando un verdadero mecanismo de "tenure track", entendido como la formalización de una serie de contratos temporales renovables tras sucesivas supervisiones, que desemboquen tras un cierto periodo de tiempo en una contratación estable. Por el contrario, únicamente nos encontramos ante diferentes contratos temporales específicos del personal investigador, a cuya finalización no se incorpora ninguna previsión cierta o real que garantice la posterior integración estable de dichos investigadores, sino únicamente el diseño de un

cierto itinerario en el que, si se superan determinadas evaluaciones, se favorece, mediante la reserva de determinadas plazas de personal laboral fijo o funcionario, dicha estabilización, pero sin garantizarla, de modo que podemos encontrarnos con investigadores que tras transitar durante un periodo superior a los diez años por el contrato predoctoral y el contrato de acceso de personal investigador doctor y superar la evaluación de su actividad, obteniendo la correspondiente certificación como investigador establecido (certificado R3), no acaben accediendo a una plaza estable de personal investigador, como consecuencia de la insuficiencia de plazas convocadas al efecto.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que el éxito de la carrera investigadora diseñada por la Ley 17/2022 no dependerá tanto de su regulación normativa, sino de que se produzca un incremento notable en la convocatoria de plazas de personal investigador, ya sea laboral fijo o funcionario, que ponga fin al cuello de botella que tradicionalmente se ha venido produciendo a la finalización del largo periodo de contratación postdoctoral y que permita que aquellos investigadores que hayan superado las correspondientes evaluaciones puedan alcanzar la ansiada y necesaria estabilidad laboral. No cabe duda que el incremento de la financiación pública en I+D+I prevista en la disposición adicional sexta de la Ley 17/2022 debe contribuir decisivamente a la consecución de este propósito.

Como también se ha analizado a lo largo de este trabajo, la Ley 17/2022 también ha abordado de un modo específico la reducción de la temporalidad en el sector de la investigación, puesto que más allá de contemplar el diseño de la carrera investigadora que se acaba de exponer y que debe culminar con la contratación estable de los investigadores, aborda una de las cuestiones más arduas y espinosas que, sin lugar a dudas, plantea la contratación laboral de los investigadores, es decir, la contratación de personal investigador para la realización de tareas de investigación vinculadas a convenios, contratos o proyectos de investigación y que hasta la actualidad había venido siendo monopolizada por el recurso al contrato para obra o servicio determinados, que gozaba de un diseño extremadamente privilegiado en favor de las universidades y organismos públicos de investigación.

Es cierto que el abordaje de esta compleja cuestión se ha visto notablemente incentivado por la reforma laboral de 2021, que ha procedido a la eliminación del contrato para obra o servicio determinados, con carácter general y, específicamente, para el sector de la investigación, pero, no cabe duda, que ya con anterioridad a esta reforma se había suscitado una intensa reflexión sobre la necesidad de transitar de la actual situación de temporalidad estructural del sector de la investigación hacia una situación más normalizada de estabilidad laboral.

Con estos antecedentes se ha procedido a aprobar una modalidad indefinida de contrato laboral que se denomina contrato de actividades científico-técnicas y que, como se ha analizado a lo largo de este trabajo, se diseña con los contornos más amplios y flexibles posibles, con el fin de que pueda cubrir todas aquellas contrataciones de personal investigador que hasta la actualidad se habían articulado a través del contrato temporal para obra o servicio determinados, tanto en lo que respecta a los sujetos, al objeto del contrato, a los procedimientos administrativos de contratación, etcétera.

Sin embargo, el diseño del contrato indefinido de actividades científico-técnicas no aborda de un modo expreso el gran escollo que tradicionalmente ha encontrado la contratación indefinida en el sector de la investigación, que no es otro que las dificultades que plantea la extinción de estos contratos cuando se extinguen los fondos no estructurales con los que los mismos se financiaban. Esta es una cuestión que sigue sin quedar totalmente resuelta en el contrato de actividades científico-técnicas y que, sin lugar a dudas, debería haber sido abordada por la Ley 17/2022 si se pretende realmente potenciar esta modalidad contractual.

En todo caso, no cabe duda que la eliminación del contrato para obra o servicio determinados va a contribuir de un modo decisivo a la contratación laboral indefinida de todos aquellos investigadores contratados para la realización de tareas de investigación vinculadas a convenios, contratos o proyectos de investigación, lo cual debe ser valorado de forma positiva. No en vano, en estos supuestos el recurso a la contratación de duración determinada queda limitado ahora a las contrataciones que se efectúen en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación dependa de fondos europeos no competitivos.

Ahora bien, aún se corre el riesgo de que, a pesar del carácter indefinido del contrato de actividades científico-técnicas, el mismo siga conservando unas grandes dosis de “temporalidad” y, por tanto, de precariedad laboral, al estar constantemente vinculado al mantenimiento de la financiación de la que trae causa y, en consecuencia, viéndose extinguido cada vez que la misma finalice. Ello podría comportar que, desde una vertiente práctica, este contrato indefinido se diferenciara del contrato para obra o servicio determinados únicamente en el coste del cese del investigador, que pasaría de una indemnización de doce días de salario por año de servicio para esta última modalidad contractual, a los veinte días que corresponden al nuevo contrato.

Finalmente, como también se ha expuesto a lo largo de este comentario, la Ley 17/2022 también aborda la mejora de las condiciones laborales del personal investigador, si bien, en este punto se limita básicamente a contemplar los derechos indemnizatorios correspondientes al personal investigador a la finalización de sus

contratos y, en particular, la correspondiente al contrato predoctoral y al contrato de acceso de personal investigador doctor, así como a garantizar el disfrute de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin que ello suponga un perjuicio para la carrera investigadora de quienes los disfrutan, especialmente, de las investigadoras.

Pese a valorarse positivamente esta intervención normativa dirigida a la mejora de las condiciones laborales del personal investigador, todavía se echa de menos que la misma no se haya extendido a otras materias que también contribuyen a la precariedad laboral del colectivo de los investigadores, como son una mejor ordenación de los tiempos de trabajo, la mejora retributiva, etcétera. En todo caso, no cabe duda que parte de la normalización laboral del colectivo de los investigadores debe apoyarse en que estas y otras cuestiones sean abordadas no por el legislador, ni por vía reglamentaria, como viene siendo tradicional en el sector de la investigación, sino por la negociación colectiva, poniéndose coto a la tradicional indiferencia de los convenios colectivos por abordar las condiciones laborales del personal investigador.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que la nueva regulación de los contratos laborales específicos del personal investigador que se recoge en la Ley 17/2022 constituye un paso muy importante, aunque todavía no definitivo, en la normalización de la contratación laboral del colectivo de los investigadores. El tiempo dirá si este nuevo diseño consigue revertir las fuertes inercias existentes en el sector de la investigación y poner fin a la temporalidad y precariedad laboral que durante demasiado tiempo han definido en nuestro país a la actividad investigadora y, por extensión, a la profesión de investigador.

UNA APROXIMACIÓN AL NUEVO CONTRATO FORMATIVO A LA ESPERA DE SU DESARROLLO REGLAMENTARIO

Por

MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Acreditado a Profesor Titular
Universidad de Extremadura

mgp@unex.es

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: La reforma laboral ha incidido sobremanera en la remodelación de los contratos laborales, bien eliminado algunas figuras contractuales, bien reformulando algunas otras, tal y como es el caso de los contratos formativos, los cuales han sido sustituidos por un nuevo contrato formativo, con dos modalidades, las cuales vienen a acoger, cada una de ellas, a los anteriores contratos formativos. Además de dar cabida en este contrato a una figura contractual ya existente, como es el contrato para la formación dual universitaria. En este nuevo contrato formativo el legislador pone el acento en la actividad formativa, por encima de la inserción laboral, aun cuando aquella tampoco ha caído en el olvido, prueba de ello es que también se reajustan diferentes condiciones de trabajo del contrato en sus dos modalidades.

PALABRAS CLAVE: contrato; formativo; práctica; dual; temporal; reforma laboral.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. EL CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA. 1. El cambio de denominación y la ampliación del objeto del contrato. 2. La modificación del ámbito subjetivo del contrato. 3. La reducción de la duración del contrato. 4. El establecimiento de restricciones a este contrato. 5. Modificaciones en las condiciones de trabajo: Tiempo de trabajo y retribución. 6. La prevalencia de la finalidad formativa. 7. El mantenimiento de la cotización especial para estos contratos.- III. CONTRATO FORMATIVO PARA LA OBTENCIÓN DE PRÁCTICA PROFESIONAL. 1. Ámbito subjetivo del contrato. 2. Algunos retoques en la duración del contrato. 3. Restricciones de esta modalidad contractual. 4. Condiciones de trabajo: tiempo de trabajo y retribución. 5. Aspectos formativos contemplados en el contrato.- IV. EL ESTABLECIMIENTO DE REGLAS COMUNES PARA AMBAS MODALIDADES.- V. LA CONCRECIÓN REGLAMENTARIA DEL CONTRATO. VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN.- VII. BIBLIOGRAFÍA.

AN APPROXIMATION TO THE NEW TRAINING CONTRACT PENDING ITS REGULATORY DEVELOPMENT

ABSTRACT: The labor reform has greatly influenced the remodeling of labor contracts, either eliminating some contractual figures, or reformulating some others, as is the case of training contracts, which have been replaced by a new training contract, with two modalities, which come to host, each of them, the previous training contracts. In addition to making room in this contract for an existing contractual figure, such as the contract for dual university training. In this new training

contract, the legislator puts the emphasis on training activity, above job placement, even though that has not been forgotten either, proof of this is that different working conditions of the contract are also readjusted in its two modalities.

KEYWORDS: contract; training; practice; dual; temporary; labor reform.

SUMMARY: I. PREVIOUS CONSIDERATIONS.- II. THE ALTERNATING TRAINING CONTRACT. 1. Change of name and extension of the object of the contract. 2. Modification of the subjective scope of the contract. 3. The reduction of the duration of the contract. 4. The establishment of restrictions to this contract. 5. Changes in working conditions: Working time and remuneration. 6. The prevalence of the training purpose. 7. Maintenance of the special price for these contracts.- III. TRAINING CONTRACT TO OBTAIN PROFESSIONAL PRACTICE. 1. Subjective scope of the contract. 2. Some tweaks to the length of the contract. 3. Restrictions of this contractual modality. 4. Working conditions: working time and remuneration. 5. Training aspects contemplated in the contract.- IV. THE ESTABLISHMENT OF COMMON RULES FOR BOTH MODALITIES.- V. THE STATUTORY SPECIFICATION OF THE CONTRACT.- VI. BY WAY OF RECAPITULATION. VII. BIBLIOGRAPHY.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como es consabido, uno de los colectivos más afectados por el desempleo en nuestro mercado de trabajo no es otro que el colectivo de los jóvenes, situándose la tasa de desempleo de dicho colectivo desde hace varios años por encima del 40%, lo que coloca a nuestro país a la cabeza de Europa[1], por lo que a este extremo se refiere. De ahí que en el diseño de la actual reforma laboral[2], llevada a cabo mediante el Real Decreto-ley (en adelante, RDL) 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 *, no* hayan faltado, al igual que en las anteriores reformas laborales, medidas específicamente dirigidas a paliar la gravísima situación de desempleo que padece este sector de la población activa.

En este sentido, el legislador ha venido a incidir sobremanera en los contratos formativos, con el claro objetivo de potenciar su uso como herramienta capital para incentivar la inserción laboral de los trabajadores jóvenes, bien no cualificados, bien recién titulados. De tal manera que la propia Exposición de motivos del referido Real

[1] En este sentido, por detrás de nuestro país se sitúa Grecia que presenta una tasa de desempleo juvenil, en torno al 34%, seguida de Italia con un 33%. Muy por debajo de las cifras que presenta nuestro mercado de trabajo se encuentran Suecia con una tasa de desempleo del 24% o Portugal, con una tasa de desempleo juvenil del 23% o Francia con una tasa del 18.5%. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_-_annual_statistics/es&oldid=496968

[2] No obstante, tal y como ha advertido la doctrina acerca de la promulgación de esta nueva norma en el ámbito laboral, meses de negociación y tensiones entre los interlocutores sociales terminaron el año 2021 con la publicación de unas novedades jurídicas en el ámbito laboral que no han supuesto una reforma real en el ámbito jurídico-laboral. Es cierto que hay cambios, pero no son determinantes, no se ha derogado la reforma laboral del 2012 y tampoco se ha avanzado realmente en los problemas de nuestro sistema de relaciones laborales. DE LA VIÑA, R.: "La mal llamada reforma laboral". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 981, 2022, BIB 2022/323.

Decreto-ley, viene a afirmar expresamente que "se pretende establecer una regulación eficaz de los contratos formativos, que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral, ya se trate de contratos en alternancia con los estudios o bien de contratos para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios". Precisamente, una de las cuestiones en las que se ha llevado a cabo una reforma de enjundia y calado es la de los contratos formativos, con el claro objetivo de potenciar el empleo de la población juvenil.

De ahí que, en las próximas páginas, pongamos el foco de atención en el análisis detallado del nuevo contrato formativo, a fin examinar las novedades que se han introducido en el régimen jurídico de este contrato, que, tal y como comprobaremos seguidamente, va más allá de una mera modificación en la nomenclatura. Se crea así el nuevo contrato formativo, que tiene por objeto dos modalidades[3], la primera de ellas, la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena, la cual viene a sustituir al extinto contrato para la formación y el aprendizaje y, como veremos más detenidamente, al denominado contrato para la formación dual universitaria, el cual pese a su creación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 aprobada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre[4], ha tenido una escasa vigencia como tal. Y la segunda de ellas, el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada para la obtención de la práctica profesional, que viene a sustituir al extinto contrato en prácticas De este modo, el apartado 1 del referido art. 11 ET se ocupa ahora de delimitar claramente aquellas dos modalidades que presenta este nuevo contrato, al afirmar que dicho contrato tendrá por objeto la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena, o el desempeño de una actividad

---

[3] PÉREZ DEL PRADO, D.: "La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva? *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, nº Extra, 2022, p. 10. Si bien, de nuevo las dos modalidades se contemplan como excluyentes, de modo que el ámbito de concertación de una excluye a la otra, GARRIDO PÉREZ, E.: "El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación". *Temas Laborales*, nº 161, 2022, p. 74.

[4] En este sentido, la disposición final (en adelante, DF) 36ª venía a establecer una nueva redacción del art. 11 ET, pasando el apartado 3 de dicho precepto a regular dicho contrato, estableciendo al respecto que el contrato para la formación dual universitaria, que se formalizará en el marco de los convenios de cooperación educativa suscritos por las universidades con las entidades colaboradoras, tendrá por objeto la cualificación profesional de los estudiantes universitarios a través de un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria, para favorecer una mayor relación entre este y la formación y el aprendizaje del trabajador.

Reglamentariamente se desarrollará el sistema de impartición y las características de la formación de los trabajadores en los centros universitarios y en las empresas, así como su reconocimiento, en un régimen de alternancia con el trabajo efectivo. Asimismo, serán objeto de desarrollo reglamentario los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa y con la retribución del trabajador contratado, que se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo, sin que en ningún caso sea inferior al salario mínimo interprofesional.

laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada a los correspondientes niveles de estudios, suprimiéndose así, como decimos, aquellas modalidades contractuales que hasta la fecha han venido a configurar los contratos formativos.

II. EL CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA

1. El cambio de denominación y la ampliación del objeto del contrato

En primer lugar, una de las novedades que no puede pasar desapercibida, en relación con este contrato, es que el legislador lleva a cabo una modificación en la denominación de esta figura contractual, consolidándose la denominación de contrato de formación en alternancia, quedando ya fuera la expresión contrato de aprendizaje, que aún permanecía en el texto de 2012. Con ello se busca resaltar y reforzar el régimen de alternancia entre la actividad laboral y la actividad formativa que preside el régimen jurídico de este contrato.

Por otro lado, en cuanto al objeto de esta modalidad contractual, de acuerdo con el nuevo art. 11.2 ET, el contrato de formación en alternancia tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. De ahí que con respecto al objeto de este contrato debamos realizar algunas consideraciones.

Así, esta primera variante o modalidad del contrato formativo mantiene en idénticos términos a los que establecía el RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral la definición del objeto de este contrato, consistiendo, por tanto, el mismo en la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida, permitiendo, por una parte, dotar de una cualificación profesional acreditada a todos aquellos jóvenes que carezcan de ella; y, por otra parte, realizar por parte de la persona trabajadora, simultáneamente, un trabajo efectivo en una empresa directamente relacionado con la formación que está recibiendo, lo que favorecerá una mayor relación entre ésta y el aprendizaje en el puesto de trabajo.

Ahora bien, una de las novedades que aparece en el objeto de este contrato, es que se incorpora dentro de los procesos formativos que se pueden desarrollar mediante este contrato a los estudios universitarios. Con lo que, tal y como se ha apuntado al comienzo de este mismo trabajo, se viene a dar cabida en esta primera modalidad al denominado

contrato para la formación dual universitaria, el cual, recordemos, de acuerdo con la DF 36ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 aprobada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre tenía por objeto la cualificación profesional de los estudiantes universitarios a través de un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria[5]. De este modo, se amplía el objeto de este contrato al incluirse dentro de la actividad formativa que puede desarrollarse en el marco del mismo a los estudios universitarios, cuya posibilidad quedaba al margen en la regulación anterior, donde, como sabemos, se aludía expresamente a la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo[6].

2. La modificación del ámbito subjetivo del contrato

En este sentido, la nueva regulación llevada a cabo por la reciente reforma laboral mantiene la regla general establecida en la anterior regulación, siendo necesario, por tanto, para la formalización de esta modalidad de contrato que las personas carezcan de la cualificación profesional reconocida por las titulaciones o certificados profesionales requeridos para concertar un contrato formativo de la otra variante (para la obtención de práctica profesional)[7].

Si bien, uno de los aspectos más relevantes, en lo que al ámbito subjetivo se refiere tiene lugar en el requisito de edad de los sujetos. En este sentido, recordemos que en el anterior contrato para la formación y el aprendizaje se determinaba que era posible celebrar el mismo con trabajadores mayores de dieciséis y menores de veinticinco años que carecieran de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas[7]. Si bien, según se establecía en la Disposición Transitoria (en adelante, DT) 9ª del RDL 3/2012 hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se situara por debajo del 15% podrían realizarse contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años sin que sea de aplicación el límite máximo de edad que venía estableciendo la norma. Sin embargo, en relación a la edad de los sujetos, en

[5] MORENO i GENE, J.: "El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario". *Revista Internacional de Protección Social*, Vol. 6, nº 1, 2021, pp. 188 y ss. ASQUERINO LAMPERO, Mª. J.: "La formación dual universitaria: Impresiones iniciales". *Temas Laborales*, nº 156, 2021.

[6] GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: "El contrato para la formación y el aprendizaje tras las Reformas de 2011 y 2012". *Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2012, pp. 2 y ss.

[7] La anterior regulación establecía la posibilidad de celebrar el contrato para la formación y el aprendizaje con quienes carecían de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas.

la nueva regulación se restringe dicha modalidad contractual a personas menores de 30 años en el supuesto de que se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. El límite de los 30 años cuenta con una única excepción: los mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en el texto refundido de la Ley de Empleo. Concretamente, en la disposición adicional (en adelante, DA) 9ª de dicha norma, la cual determina que las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el art. 11.2 ET.

3. La reducción de la duración del contrato

La duración del contrato pasa de un máximo de tres años a un máximo de dos y de un mínimo de seis meses a tres. Por lo que se introduce en este punto una novedad importante respecto a la regulación anterior, reduciéndose la duración del mismo, recuperándose la duración máxima de dos años que establecía el art. 1 del RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

Por otra parte, la duración del contrato no parece que esté ya en manos de las partes contratantes ni de la negociación colectiva, que en la regulación anterior podía fijar duraciones distintas del contrato en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pudiera ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años[8]. Lo que suponía que únicamente se hiciera referencia a las necesidades empresariales a los efectos de establecer una duración de este contrato distinta a la legal, sin que se hiciera mención alguna en el anterior texto normativo a las necesidades del trabajador. Ahora, sin embargo, en el nuevo marco regulador, aprobado tras la reforma laboral de 2021, la duración será la prevista en el correspondiente plan o programa formativo, con un mínimo de tres meses y un máximo de dos años, y podrá desarrollarse al amparo de un solo contrato de forma no continuada, a lo largo de diversos periodos anuales coincidentes con los estudios, de estar previsto en el plan o programa formativo. De ahí que la duración venga ahora

[8] En este sentido, se venía advirtiendo que con la anterior regulación cualquier convenio colectivo, sea de sector, de empresa, de grupo de empresa, etc., podía modificar la duración legal de contrato para la formación y el aprendizaje en los términos señalados. GARATE CASTRO, J.: "El nuevo régimen del contrato para la formación y el aprendizaje". *Actualidad Laboral*, nº 8, 2012, p. 7.

vinculada a las necesidades formativas, recogidas en el correspondiente plan o programa formativo, desterrándose por completo que las necesidades de la empresa puedan determinar o influir en la duración del contrato.

Por otro lado, se contempla en la nueva regulación la posibilidad de prorrogar el contrato. De tal forma que en caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal establecida y no se hubiera obtenido el título, certificado, acreditación o diploma asociado al contrato formativo, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, hasta la obtención de dicho título, certificado, acreditación o diploma sin superar nunca la duración máxima de dos años". Por lo que aquella posibilidad de prórroga viene igualmente vinculada a la evolución de la actividad formativa. Si bien, se establecen dos condiciones a dicha prórroga, por un lado, que el contrato se hubiese concertado por una duración inferior a la máxima legal establecida, y, por otro lado, que dicha prórroga no supere la duración máxima estipulada. De ahí que se introduzcan importantes modificaciones en lo que a la prórroga de este contrato se refiere, con respecto a la anterior regulación, en la cual se determinaba que en caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podría prorrogarse mediante acuerdo de las partes, hasta por dos veces, sin que la duración de cada prórroga pueda ser inferior a seis meses y sin que la duración total del contrato pueda exceder de la duración máxima de tres años. Por tanto, desaparece de la nueva regulación la duración mínima de la prórroga y el número máximo de aquella. Lo que quizás se explique por el hecho de haber vinculado esta posibilidad al desarrollo de las actividades formativas programadas, que son al fin y a la postre las que van a marcar las necesidades y la duración de dicha prórroga.

4. El establecimiento de restricciones a este contrato

Teniendo en cuenta que su objeto es la compatibilidad de la formación teórica con la práctica existen una serie de restricciones lógicas:

En primer lugar, cabe resaltar que desaparece la posibilidad de pactar un periodo de prueba, que, heredado del contrato de aprendizaje, siempre se ha contemplado, con lo que no cabe que se dé el supuesto, como en un contrato laboral común, de libre resolución por ambas partes, sino que la empresa, en su caso, tendrá que acudir a la ineptitud del trabajador como causa de despido, es decir, al despido objetivo del art. 52 ET. La mera subjetividad del empleador en la facultad resolutoria durante el periodo de prueba se transforma en causal en un contrato de estas características, al tratarse de trabajadores sin experiencia y matriculados en el sistema educativo, por lo que la

finalidad formativa del contrato puede justificar la imposibilidad de estipular un periodo de prueba. En el caso del trabajador cabrá acudir a las causas comunes extintivas[9].

En segundo lugar, la nueva regulación determina que no se podrá celebrar este tipo de contratos cuando la actividad o puesto de trabajo haya sido desempeñado con anterioridad por la persona trabajadora en la misma empresa bajo cualquier modalidad por tiempo superior a 6 meses. Por tanto, se mantiene la regla establecida en la anterior regulación, si bien se introducen un par de retoques a la misma. Por un lado, se reduce el número de meses durante los cuales se ha debido desempeñar dicha actividad o puesto de trabajo en la empresa, pasando aquella exigencia de los doce meses que se contemplaban en la anterior normativa a los seis meses que se establecen tras la aprobación de la actual regulación. Por otro lado, se ocupa el legislador de concretar, en la nueva redacción dada a esta regla, que será indiferente la modalidad contractual bajo la cual haya estado contratado el trabajador para el desempeño de la actividad. Cuestión ésta a la que no se aludía en la anterior normativa, cerrándose con ello cualquier puerta a dicha posibilidad. O, dicho de otro modo, con esta expresión es claro y evidente que el legislador busca ser más garantista.

5. Modificaciones en las condiciones de trabajo: Tiempo de trabajo y retribución

En materia de retribución, el RDL 32/2021, en defecto de previsión convencional, garantiza una retribución superior a la de 2011 y 2012, puesto que aquella determinaba que la retribución se fijaría en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo. Sin que, en ningún caso, la misma pudiera ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción a dicho tiempo de trabajo efectivo, no distinguiéndose entre el primer y el segundo año de contrato. Sin embargo, ahora se contempla una retribución similar a la que se establecía en la regulación anterior para el contrato en prácticas[10], por lo que no podrá ser inferior al sesenta por ciento el primer año ni al setenta y cinco por ciento el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Si bien, se conserva un límite, en materia retributiva, ya establecido por la regulación anterior, y es que en ningún caso la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de

[9] LÓPEZ GANDÍA J.: "Los contratos formativos tras la reforma laboral de 2021". NET, 21, nº 8, 2022, p. 5. https://www.net21.org/los-contratos-formativos-tras-la-reforma-laboral-2021/

[10] Recordemos que la anterior regulación establecía que La retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75% durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

trabajo efectivo. De ahí que sea procedente en estos momentos analizar, precisamente, la cuestión relativa al tiempo de trabajo, habida cuenta de la implicación existente entre el aspecto retributivo y esta última condición de trabajo.

No obstante, antes de ello, es necesario advertir, por último, en cuanto a la retribución, que quizás la nueva regulación ha dejado pasar la oportunidad de introducir algunos cambios de calado en esta materia, al margen de los retoques introducidas en la misma, los cuales venían solicitándose desde las organizaciones empresariales, tal es el caso del establecimiento de un salario mínimo específico para este contrato fuera cual fuera la edad muy inferior al común. En este punto, debe tenerse en cuenta que se mantiene el inferior al común en contratos formativos de menores de 18 años.

Por otro lado, en materia de tiempo de trabajo se ha flexibilizado la posibilidad de llevar a cabo ciertos trabajos como los nocturnos y el trabajo a turnos, pues, si bien se mantiene la prohibición, "excepcionalmente, podrán realizarse actividades laborales en los citados periodos cuando las actividades formativas para la adquisición de los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros periodos, debido a la naturaleza de la actividad". En este sentido, se entiende que tal posibilidad debe contemplarse en el plan formativo y autorizarse por la Administración competente por analogía con la formación profesional general[11]. En este sentido, el art. 58.2 del Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional determina que "la concreción del plan de formación, el sistema de seguimiento y evaluación del aprendizaje, así como los procesos de asignación de las personas en formación y de distribución del tiempo entre el centro de formación profesional y la empresa o entidad se establecerán por las Administraciones en cada caso competentes"[12].

Asimismo, se establece la prohibición de realizar horas complementarias ni horas extraordinarias. Salvo para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (art. 35.3 ET). Se establece en este punto una importante novedad con respecto a la regulación anterior, ya que en aquella únicamente se hacía referencia a la prohibición de realizar horas extraordinarias, sin que se aludiera a las horas complementarias. La incorporación de dicha prohibición en relación a las horas complementarias obedece, precisamente, a la modificación introducida en el art. 12.2 ET, con motivo de la aprobación del RDL 32/2021. Ya que, con anterioridad a dicha norma, aquel precepto determinaba que el contrato a tiempo parcial podía concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se

[11] LÓPEZ GANDÍA J.: "Los contratos formativos tras la reforma…", op. cit; p. 6.

[12] https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:bc5488c3-4ce8-490b-880e-1969895f74b6/00-proyecto-ley-fp-consejo-ministros-07-09-21.pdf

permita la utilización de esta modalidad de contratación, excepto en el contrato para la formación y el aprendizaje.

Sin embargo, ahora en la nueva regulación ya no se hace referencia a dicha salvedad, en relación al contrato para la formación y el aprendizaje, permitiéndose, por tanto, la celebración de esta modalidad contractual a tiempo parcial, al afirmarse en el retocado art. 12.2 ET que el contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación. La posibilidad de celebrar esta modalidad contractual a tiempo parcial, entendemos que resulta algo sorprendente, ya que la imposibilidad de celebrar el contrato para la formación y el aprendizaje a tiempo parcial buscaba, específicamente, permitir un adecuado desarrollo del contrato, al producirse un régimen de alternancia entre la actividad laboral y la actividad formativa. Sin embargo, la celebración del contrato de formación en alternancia a tiempo parcial, creemos, que dificultaría dicho régimen de alternancia, teniendo en cuenta los porcentajes que establece la norma tanto de dedicación al trabajo efectivo como de dedicación a la actividad formativa, a los cuales haremos referencia seguidamente.

En cuanto a la limitación cuantitativa del tiempo de trabajo efectivo, el nuevo marco regulador de esta modalidad contractual establece que el tiempo efectivo de trabajo no podrá ser superior al 65%, el primer año, o al 85%, el segundo año, de la jornada máxima según convenio colectivo (o, en su defecto, a la jornada máxima legal). Por lo que, se introduce en este sentido una ligera remodelación de dicho límite con respecto a la anterior regulación, ya que aquella determinaba que el tiempo de trabajo efectivo no podría ser superior al 75% durante el primer año, o al 85% durante el segundo y tercer año de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal. Con lo que se reduce el máximo de tiempo de trabajo efectivo que se puede desarrollar en este contrato durante el primer año de vigencia del mismo. Dicha reducción pudiera explicarse, precisamente, por el papel protagonista que el legislador otorga a la finalidad formativa del contrato, por encima de la finalidad de inserción laboral. Esto es, se persigue, sobre todo, en este primer año del contrato que los mayores esfuerzos se centren en la actividad formativa, dejando el aumento de la actividad laboral para el segundo año del contrato, una vez adquiridas las competencias necesarias durante el desarrollo de la actividad formativa. En idéntica línea a lo que se contemplaba en la anterior regulación.

6. La prevalencia de la finalidad formativa

La finalidad formativa y su prevalencia sobre la inserción directa en el mundo laboral, aun cuando sin obviar aquella, han adquirido un papel esencial en la nueva regulación

de este contrato. En este sentido, el legislador se encarga de recalcar que es parte sustancial de este contrato tanto la formación teórica dispensada por el centro o entidad de formación o la propia empresa cuando así se establezca, como la correspondiente formación práctica dispensada por la empresa y el centro. Reglamentariamente se desarrollará el sistema de impartición y las características de la formación, así como los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa. Precisamente, la formación como objetivo central puede explicar algunas modificaciones importantes[13].

En este sentido, cabe resaltar que el contenido formativo del contrato aparece más intervenido pues se coordina e integra en un programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras. En concreto, el nuevo art. 11.2 c) ET determina que la actividad desempeñada por la persona trabajadora en la empresa deberá estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación laboral, coordinándose e integrándose en un programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras. De modo que los centros de formación profesional, las entidades formativas acreditadas o inscritas y los centros universitarios, en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación, elaborarán, con la participación de la empresa, los planes formativos individuales donde se especifique el contenido de la formación, el calendario y las actividades y los requisitos de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos[14]. Son parte sustancial de este contrato tanto la formación teórica dispensada por el centro o entidad de formación o la propia empresa, cuando así se establezca, como la correspondiente formación práctica dispensada por la empresa y el centro y esta es la que se pretende conseguir a través del trabajo.

No obstante, debemos recordar que ya en el Real Decreto (en adelante, RD) 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, el contrato aparecía vinculado a la formación dual y por tanto al sistema de formación profesional institucional, bien para el empleo, bien del sistema educativo, y su objetivo era claro (art. 2): llevar a cabo un conjunto de acciones e iniciativas formativas, mixtas de empleo y

[13] En este sentido, CERVILLA GARZÓN, M. J.: "El avance hacia la menor temporalidad y la mayor capacidad formativa del nuevo contrato formativo". *Iuslabor*, nº 1, 2022.

[14] Se traslada a la ordenación de este contrato la metodología utilizada por centros formativos (Universitarios y de Formación profesional) en el desarrollo de prácticas curriculares o extracurriculares. GARRIDO PÉREZ, E.: "El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos…", op. cit, p. 77.

formación, que tienen por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral en una empresa con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo. De ahí que según el art. 18, la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje, como regla general, debía ser impartida directamente por un centro de formación profesional de aquéllos a los que se refiere la DA 5ª de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional. Solo excepcionalmente se admitía (art.18.4), que esta formación también se pudiera impartir en la propia empresa, cuando dispusiera de instalaciones adecuadas y personal con formación técnica y didáctica adecuada a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de realización de periodos de formación complementaria en los centros de la red mencionada. En todo caso, la empresa debía estar autorizada para ofertar la formación de ciclos formativos y/o acreditada como centro para impartir la formación[15].

Por otro lado, debemos tener en cuenta la influencia que tendrá la futura ley Orgánica de ordenación e integración de la Formación profesional en la forma de impartir la formación y que se proyectará sobre el propio contrato. En la general, sin mediar contrato, según el art. 5 del Proyecto de Ley de la referida norma, habrá una distribución de los procesos formativos entre los centros de formación profesional y las empresas o entidades u organismos equiparados y que la fase de formación en la empresa tendrá una duración mínima del 25% -excepcionalmente un mínimo del 20% en ciertos casos- de la duración total prevista de la formación y deberá realizarse en el seno de una o varias empresas u organismos equiparados públicos o privados perteneciente al sector productivo o de servicios que sirva de referencia a la formación. Cuando se trate de formación profesional intensiva, esto es con contrato laboral de formación la formación en la empresa u organismo equiparado será superior al 35% de la duración total de la formación[16].

Otro aspecto a destacar, contemplado en el art. 57[17] del referido Proyecto de Ley, así como en el RDL 32/2021, es que la formación podrá realizarse en una o en varias empresas y en sus centros de trabajo que se complementen entre sí en la adquisición de resultados de aprendizaje diferentes. A estos efectos cualquier empresa u organismo equiparado podrá intervenir conjuntamente con otra u otras para formar una red capaz

[15] LÓPEZ GANDÍA J.: “Los contratos formativos tras la reforma…”, op. cit; p. 2.

[16] Ibdem, op. cit; p. 3.

[17] https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:bc5488c3-4ce8-490b-880e-1969895f74b6/00-proyecto-ley-fp-consejo-ministros-07-09-21.pdf

de completar la formación determinada con el centro de formación profesional, lo que puede ser decisivo para la extensión de la de la formación profesional en las PYMES[18].

Una cuestión a la que debemos referirnos es al papel formativo del trabajo, esto es, si se considera a estos efectos dentro de la fase de formación o computa aparte. Cuando no se canalice la formación dual a través de un contrato laboral formativo el art. 55.6 del proyecto de ley orgánica de formación profesional establece que las actividades desarrolladas durante los periodos de formación en la empresa deben tener carácter formativo y debe evitarse su utilización inadecuada como actividad productiva y de carácter laboral. Y tampoco cabe que durante la estancia formativa en la empresa se pueda compatibilizar con otro contrato laboral. Cuando se canalice a través del contrato laboral de formación es claro que no computan pues el propio art. 11 fija claramente el reparto entre tiempo de trabajo y tiempo de formación[19], a los cuales ya se ha hecho referencia anteriormente.

Finalmente, debemos destacar que, al objeto de garantizar una adecuada coordinación entre la actividad formativa y la actividad laboral desempeñada por la persona trabajadora, se establece que la persona contratada contará con una persona tutora designada por el centro o entidad de formación y otra designada por la empresa. Si bien, ello no supone novedad alguna en relación con la regulación que se contemplaba con anterioridad en relación al contrato para la formación y el aprendizaje. Puesto que el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, ya establecía en su art. 20 lo siguiente: “La persona titular de la empresa deberá tutelar el desarrollo de la actividad laboral, ya sea asumiendo personalmente dicha función, cuando desarrolle su actividad profesional en la empresa, ya sea designando, entre su plantilla, una persona que ejerza la tutoría; siempre que, en ambos casos, la misma posea la cualificación o experiencia profesional adecuada. Asimismo, el centro formativo designará una persona, profesora o formadora, como tutora responsable de la programación y seguimiento de la formación, así como de la coordinación de la evaluación con los Profesores y/o tutores que intervienen. Igualmente, esta persona será la interlocutora con la empresa para el desarrollo de la actividad formativa y laboral establecida en el contrato”.

[18] LÓPEZ GANDÍA J.: “Los contratos formativos tras la reforma…”, op. cit; p. 3.

[19] Ibdem, op. cit; p. 3.

7. El mantenimiento de la cotización especial para estos contratos

La nueva DA 43ª continúa estableciendo una cotización especial a la Seguridad Social para los contratos formativos en alternancia[20], la cual se vendrá a regir por las siguientes reglas[21]:

- La empresa está obligada a cotizar a la Seguridad Social por la totalidad de las contingencias de la Seguridad Social, lo que no supone variación alguna con respecto a la anterior regulación.

- Si la base de cotización mensual por contingencias comunes no supera la mínima de su Régimen, la empresa ingresará las cuotas únicas. La LPGE cada ejercicio fijará las cuotas a cargo de la empresa (CC, CP, FOGASA, desempleo y formación profesional) y de la persona trabajadora (CC, desempleo y formación profesional). A efecto de prestaciones la base de cotización será la base mínima de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social.

- Si la base de cotización supera la mínima, la cuota a ingresar será la suma de las cuotas únicas ya mencionadas y las cuotas resultantes de aplicar los tipos de cotización que correspondan al importe que exceda la base de cotización mínima. A efecto de prestaciones se aplicará esta base de cotización.

- Estas mismas normas se aplicarán a los contratos formativos en alternancia a tiempo parcial. Esta es una de las grandes novedades que presenta este régimen de cotización especial que acompaña a esta modalidad contractual, cuya introducción viene motivada, según se ha expuesto, por la posibilidad que establece esta nueva regulación de celebrar este tipo de contratos a tiempo parcial, lo que no sucedía en la anterior normativa.

- A los contratos formativos en alternancia les resultarán de aplicación los beneficios en la cotización a la Seguridad Social que están establecidos para los extintos contratos para la formación y el aprendizaje (exoneraciones vigentes a 29 de marzo).

[20] La entrada en vigor de dicha disposición se prevé el 30-3-2022.

[21] ALONSO ARENA, M.: "La reforma laboral del 2021 (Análisis normativo del RDL 32/2021, de 28 de diciembre)". *Aranzadi Digital*, nº 1, 2021, pp. 7 y 8.

Por último, debemos tener, no obstante, en cuenta que la DT 2ª del RDL 32/2021 sobre el régimen transitorio en materia de cotización de los contratos de formación en alternancia que se suscriban desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley (31-12-2021) hasta la entrada en vigor de la referida DA 43ª LGSS (30-3-2022). Será conforme a lo establecido en el art. 106 LPGE 2022 sobre los contratos de formación y aprendizaje.

III. CONTRATO FORMATIVO PARA LA OBTENCIÓN DE PRÁCTICA PROFESIONAL

1. Ámbito subjetivo del contrato

Se prevé, en la nueva regulación, que esta modalidad contractual podrá concertarse con quienes estuviesen en posesión de un título universitario o de un título de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como con quienes posean un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral. Con lo que el objeto de este contrato no varía con respecto a la regulación anterior, estando dirigido al desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada a los correspondientes niveles de estudios que ya se han cursado y dado lugar a la titulación. En cualquier caso, cabe también una actividad formativa práctica sin canalización posible a través de este contrato cundo se lleve a cabo por estudiantes, pues el contrato se contempla solo para titulados. Nos referimos a las prácticas contempladas en los planes de estudios, curriculares o extracurriculares, no laborales, que se canalizan a través de las becas, que la reforma laboral de 2021 no ha podido laboralizar[22].

De ahí que la DA 2ª de la reforma laboral de 2021 contemple el Estatuto del Becario. En este sentido, se establece que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las practicas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales. Al respecto, el propio proyecto de ley orgánica de la formación profesional contempla en su DT 5ª la transición del sistema de beca para la formación profesional dual, recogido en el RD 1529/2012, de 8 de noviembre al contrato de formación en el régimen de formación

[22] LÓPEZ GANDÍA J.: "Los contratos formativos tras la reforma…", op. cit; p. 8.

profesional intensiva en un periodo transitorio muy amplio, hasta el 31 de diciembre de 2028[23].

No obstante, se introducen cambios en el periodo en el que es posible la concertación del contrato tras la obtención de la titulación alegada para la celebración del mismo. En este sentido, recordemos que la regulación anterior determinaba que el contrato en prácticas podría concertarse dentro de los cinco años, o de siete años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios. Mientras que en la nueva regulación se reduce dicho periodo durante el cual se puede llevar a cabo la concertación del contrato, al establecerse que el contrato de trabajo para la obtención de práctica profesional deberá concertarse dentro de los tres años, o de los cinco años si se concierta con una persona con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios.

Por tanto, se observa una reducción de dos años en el periodo hábil para la concertación del contrato. Aplicándose ahora el anterior régimen general a los trabajadores discapacitados. La reducción de aquel periodo va encaminada a reforzar la finalidad de esta modalidad contractual, evitando que pueda llegar a desvirtuarse la misma. Esto es, al igual que ocurría en el caso de la anterior modalidad del contrato formativo, entendemos que ya no prima por encima de todo la inserción laboral de los recién titulados, que por otra parte fue una de las principales razones de la anterior normativa para ampliar el periodo durante el cual se podía acudir al contrato en prácticas, ya que, recordemos, en la anterior normativa se llevó a cabo, en sentido contrario a la actual normativa, una ampliación de dicho periodo, pasando de cuatro a cinco años con carácter general y de seis a siete años en el caso de los trabajadores discapacitados.

Además, debemos tener en cuenta que dentro de los aspectos comunes a ambas modalidades del contrato formativo que establece la nueva regulación se afirma que en la contratación por empresas de inserción de personas con discapacidad o en exclusión social no se aplican los límites de edad y en la duración máxima. Reglamentariamente se establecerán dichos límites para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y características de estas personas. Con lo que habrá que esperar a comprobar cuales son las intenciones del legislador en este sentido.

2. Algunos retoques en la duración del contrato

El RDL 32/2021 viene a retocar la duración máxima del contrato, no así la duración mínima del mismo. Recordemos que la legislación anterior establecía que la duración del

[23] LÓPEZ GANDÍA J.: “Los contratos formativos tras la reforma…”, op. cit; p. 8.

contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años, mientras que esta nueva regulación determina ahora que dicho contrato no podrá ser inferior a 6 meses ni exceder de 1 año. Asimismo, se mantiene en la nueva normativa que dentro de estos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o autonómico, o en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar su duración, atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar. Si bien, como novedad en este sentido, se permite la intervención de los convenios colectivos de ámbito sectorial autonómico, cuestión ésta que no era posible a tenor de la anterior regulación, otorgándose de este modo un mayor protagonismo a la negociación colectiva autonómica.

Debe tenerse en cuenta que aquí sí cabe un periodo de prueba que se reduce, en coherencia con la reducción de la duración del contrato, pues en ningún caso podrá exceder de un mes, salvo lo dispuesto en convenio colectivo[24]. Esto es, al igual que ocurría en la regulación anterior, de nuevo se realiza un llamamiento al papel de la negociación colectiva, la cual puede entrar a alterar esta regla. Además, si al término del contrato la persona continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración del contrato formativo a efectos de antigüedad en la empresa. Cuestión ésta que ya se recogía con anterioridad[25].

3. Restricciones de esta modalidad contractual

Entre las restricciones que se imponen a este tipo de contrato, nos encontramos con dos limitaciones ya recogidas en la legislación anterior y que, por tanto, significan el mantenimiento de aquellas en esta nueva regulación:

Por un lado, no se podrá ser contratar en la misma o distinta empresa por tiempo superior a los máximos previstos por la misma titulación o certificado profesional.

Por otro lado, no podrá estar contratado en formación en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a los máximos, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado. Los títulos de grado, máster y doctorado universitarios no se consideran la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez estuviera ya en posesión de uno de estos títulos superiores.

[24] Recordemos que la regulación anterior establecía que, Salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el período de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3.

[25] GARRIDO PÉREZ, E.: "El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos…", op. cit, p. 91.

Si bien, se añade una novedad importante: no podrá celebrarse con quien ya haya "practicado" en la empresa por vías laborales comunes. No podrá suscribirse con quien ya haya obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses. No se computan a estos efectos los periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita esta contratación[26].

4. Condiciones de trabajo: tiempo de trabajo y retribución

En cuanto al tiempo de trabajo, la norma establece la prohibición de realizar horas extraordinarias, salvo para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Sin embargo, aun cuando de acuerdo con el art. 2.2 del RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se venía a desarrollar el art. 11 ET, en materia de contratos formativos, dicho contrato podía realizarse a tiempo parcial, manteniéndose inalterada dicha regulación desde entonces, resulta llamativo que no se contemple, tal y como si ocurre en el contrato para la formación en alternancia, la prohibición de realizar horas complementarias. Por lo que a tenor de dicha regulación será posible la realización de horas complementarias (pactadas), siempre y cuando dicho contrato cumpla con las exigencias establecidas en el art. 12.5 ET. Concretamente, se exigirá que el contrato formativo para la adquisición de la práctica profesional celebrado a tiempo parcial cuente con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual, no pudiendo exceder del 30% de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato.

En cuanto a la retribución, encontramos una novedad importante con respecto a la anterior regulación de esta materia. Ya que, de acuerdo con la anterior regulación, la retribución del trabajador era la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75% durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo[27]. Sin embargo, tras la aprobación de la nueva norma ya no toma como referencia el 60% o 75% de la del grupo profesional, sino que la retribución será la fijada en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o en su defecto la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas.

[26] LÓPEZ GANDÍA J.: "Los contratos formativos tras la reforma…", op. cit; p. 8.

[27] CAMAS RODAS, F.: "El contrato de trabajo en prácticas", VV.AA.: Comentario al Estatuto de los Trabajadores: Libro homenaje a Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch, 2016.

Además, se establece un límite importante en lo que a la retribución de este contrato se refiere, ya que el legislador establece que en ningún caso la retribución podrá ser inferior a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Esto es, se vienen a establecer dos limitaciones en este sentido, la primera toma como referencia la retribución establecida para la otra modalidad del contrato formativo y la segunda acude, como es lógico por otra parte, al salario mínimo interprofesional, siempre teniendo en cuenta el tiempo de trabajo efectivo desempeñado a través del contrato.

5. Aspectos formativos contemplados en el contrato

Teniendo en cuenta el carácter formativo de esta modalidad contractual, se contemplan en la legislación una serie de especificaciones referentes a la formación del trabajador, consistentes, fundamentalmente, en las siguientes:

- El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato, tal y como ya se recogía en la legislación anterior.

- La empresa elaborará el plan formativo individual con el contenido de la práctica profesional, tutor/a que cuente con la formación o experiencia adecuadas para el seguimiento del plan y el correcto cumplimiento del objeto del contrato. Esto es, se pone especial énfasis en remarcar la labor formativa del contrato y la tutorización del trabajador, a fin de dar cumplimiento al objeto del contrato.

- Al finalizar el contrato se tendrá derecho a la certificación del contenido de la práctica.

- Reglamentariamente se desarrollará el alcance de la formación. En este sentido, será necesario esperar a la promulgación de la norma reglamentaria a la que se hace referencia en la nueva norma, al objeto de conocer diferentes aspectos formativos de este contrato. El llamamiento a la normativa reglamentaria en esta materia deja clara la voluntad existente en incidir en la labor formativa de ese contrato, más allá de la inserción laboral a través del mismo.

IV. EL ESTABLECIMIENTO DE REGLAS COMUNES PARA AMBAS MODALIDADES

En primer lugar, cabe destacar que, tal y como se contemplaba en la legislación anterior se mantiene la interrupción de la duración del contrato en las situaciones de IT,

nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género.

En segundo lugar, se exige la formalización por escrito y la inclusión obligatoria del plan formativo individual que debe acompañar a este contrato. La exigencia ineludible de dicho plan viene a reforzar nuevamente la labor formativa que ha de desempeñar este contrato en cualquiera de sus modalidades.

En tercer lugar, tal y como ya se indicado con anterioridad, en la contratación por empresas de inserción de personas con discapacidad o en exclusión social no aplican los límites de edad y en la duración máxima. Reglamentariamente se establecerán dichos límites.

En cuarto lugar, cabe destacar el establecimiento de particularidades de contratación de empresas en ERTE. Disposición ésta, al igual que diferentes medidas adoptadas en la reciente reforma laboral, motivada por la necesidad de adaptación de las condiciones laborales a la actual situación sanitaria que venimos viendo desde hace dos años. En este sentido, se establece que las empresas que estén aplicando los expedientes de regulación de empleo de los arts. 47 y 47 bis ET concierten contratos formativos siempre que no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada.

En quinto lugar, se establecen las consecuencias ante el incumplimiento de las exigencias legales aplicables a dichas modalidades. En concreto, se determina que los contratos celebrados en fraude de ley se entenderán contratos indefinidos ordinarios. Lo mismo ocurrirá ante el incumplimiento por la empresa de sus obligaciones formativas. Reforzándose de este modo, una vez más, la labor formativa que deben perseguir a ambas modalidades del contrato.

En sexto lugar, se mantiene, tal y como se contemplaba en la legislación anterior, idéntica regulación en lo que a la acción protectora de la Seguridad Social se refiere, comprendiendo, por tanto, todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y FOGASA.

En séptimo lugar, de acuerdo con la DA 20ª ET se contemplan bonificaciones por la concertación de contratos formativos. De este modo, se indica al respecto que las empresas que celebren contratos formativos con trabajadores con discapacidad tendrán derecho a una bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, durante la vigencia del contrato, del cincuenta por ciento de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, previstas para estos contratos.

Asimismo, cabe destacar que continuarán siendo de aplicación a los contratos formativos que se celebren con trabajadores con discapacidad que trabajen en centros

especiales de empleo las peculiaridades que para dichos contratos se prevén en el art. 7 del RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

V. LA CONCRECIÓN REGLAMENTARIA DEL CONTRATO

Tal y como ya se ha indicado a lo largo de este mismo trabajo, el legislador se remite a la elaboración de una norma reglamentaria, a fin de concretar diversos aspectos del contrato formativo en sus dos modalidades. En concreto, se indica que reglamentariamente se establecerán, en colaboración, en su caso, con las administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos formativos, los requisitos que deben cumplirse para la realización de los mismos, tales como el número de contratos por tamaño de centro de trabajo, las personas en formación por tutor o tutora, o las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla.

Además, tal y como ya se ha indicado, reglamentariamente se establecerán límites de edad y duración máxima de contratación por empresas de inserción.

Finalmente, en materia de contratos formativos cabe resaltar que la nueva norma deroga el RD 1543/2011 que regula las prácticas no laborales en empresa, y que, tal y como ya se ha indicado, conforme a la DA 2ª el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, para abordar un Estatuto del Becario, que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales. Con lo que habrá que esperar a la nueva norma reglamentaria que surja en los próximos meses para conocer con detalle diversas cuestiones de este contrato, algunas de las cuales simplemente están apuntadas por el legislador, a la espera de que sea aquella norma la que determine el sentido de estas. Por tanto, hasta la promulgación de aquella norma reglamentaria estamos en presencia de un contrato, el cual a día de hoy ofrece algunos interrogantes, los cuales esperemos que sean despejados con la promulgación de aquella norma.

VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN

Tras la aprobación de la reforma laboral, el legislador ha optado por llevar a cabo una remodelación de los contratos laborales, suprimiendo algunas de las modalidades existentes o remodelando otras tantas, como es el caso de los contratos formativos. En este último caso se ha apostado por la creación de un único contrato formativo,

estableciéndose dos modalidades distintas, el contrato para la formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de práctica profesional, las cuales viene a sustituir al anterior contrato para la formación y el aprendizaje, en el caso del contrato para la formación en alternancia y al contrato en prácticas, en el caso del contrato formativo para la adquisición de práctica profesional. Además, se ha dado cabida en este nuevo contrato formativo al contrato para la formación dual universitaria, concretamente en la primera de aquellas modalidades, esto es, el contrato para la formación en alternancia. Un denominador común a ambas vías es la prevalencia, o si quiere, la apuesta clara por la labor formativa que han de desempeñar ambas modalidades contractuales. Prueba de ellos es la especial atención que pone el legislador en la regulación de los aspectos formativos de las mismas, como el establecimiento de un plan individual de formación o la tutorización de la actividad formativa, entre otras cuestiones a las cuales hemos hecho referencia en este mismo trabajo.

Ahora bien, la prevalencia de la actividad formativa no ha impedido que se lleven a cabo diferentes modificaciones en lo que a la actividad laboral se refiere. Especialmente reseñable es la reducción temporal de ambas modalidades contractuales, la remodelación del sistema retributivo de las mismas, o la introducción de mayores restricciones en estas modalidades del contrato formativo, siendo destacable en este sentido, la prohibición del establecimiento de un periodo de prueba en el caso del contrato para la formación en alternancia. Además, cabe destacar, en lo que a la actividad laboral se refiere, el establecimiento de la posibilidad de realizar este contrato a tiempo parcial, en cualquiera de sus dos modalidades.

No obstante, la remodelación del contrato formativo se ha quedado a medias, ya que el legislador en diversos aspectos de éste realiza un llamamiento a la labor reglamentaria, por lo que tendremos que esperar a la promulgación de dicha norma reglamentaria, para poder tener una visión completa de este contrato. Aun cuando las principales líneas del mismo están trazadas. Si bien, las bases de aquellas están establecidas por la legislación anterior, pues son diversas las cuestiones, según hemos indicado en este mismo trabajo, las que se mantienen intactas por la nueva norma, siendo si acaso reordenadas, en algunos casos en disposiciones comunes aplicables a sendas modalidades de este contrato.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ARENA, M.: “La reforma laboral del 2021 (Análisis normativo del RDL 32/2021, de 28 de diciembre)”. *Aranzadi Digital*, nº 1, 2021.

ASQUERINO LAMPERO, Mª. J.: “La formación dual universitaria: Impresiones iniciales”. *Temas Laborales*, nº 156, 2021.

CAMAS RODAS, F.: “El contrato de trabajo en prácticas”, VV.AA.: Comentario al Estatuto de los Trabajadores: Libro homenaje a Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch, 2016.

CERVILLA GARZÓN, M. J.: “El avance hacia la menor temporalidad y la mayor capacidad formativa del nuevo contrato formativo”. *Iuslabor*, nº1, 2022.

DE LA VIÑA, R.: “La mal llamada reforma laboral”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 981, 2022, BIB 2022/323.

GARATE CASTRO, J.: “El nuevo régimen del contrato para la formación y el aprendizaje”. *Actualidad Laboral*, nº 8, 2012, p. 7.

GARRIDO PÉREZ, E.: “El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación”. *Temas Laborales*, nº 161, 2022.

GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “El contrato para la formación y el aprendizaje tras las Reformas de 2011 y 2012”. *Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2012.

LÓPEZ GANDÍA J.: “Los contratos formativos tras la reforma laboral de 2021”. NET, 21, nº 8, 2022, p. 5. https://www.net21.org/los-contratos-formativos-tras-la-reforma-laboral-2021/

MORENO i GENE, J.: “El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario”. *Revista Internacional de Protección Social*, Vol. 6, nº 1, 2021.

PÉREZ DEL PRADO, D.: “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva? *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, nº Extra, 2022.

EL RÉGIMEN LABORAL DE LAS PERSONAS DEDICADAS A LAS ACTIVIDADES ARTÍSTICAS Y A LAS ACTIVIDADES TÉCNICAS Y AUXILIARES PARA SU DESARROLLO ESPECIAL REFERENCIA AL REAL DECRETO-LEY 5/2022, DE 22 DE MARZO

Por

PRISCILA MARTÍN VALES
Profesora Asociada Doctora
Universidad de Salamanca

priscilamv@usal.es

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: la relación laboral especial de los artistas reciente se ha visto modificada a través de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 marzo, con la finalidad de adecuarse al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 diciembre, y por ende, a las nuevas realidades sociolaborales. Por lo cual, el objetivo de las presentes líneas es el de contribuir al conocimiento del régimen laboral de las personas artistas, analizando la situación normativa anterior a la pandemia Covid-19, así como la evolución normativa desde marzo de 2020 hasta la actualidad. Todo ello con la finalidad de conocer y reflexionar sobre la situación normativa actual de este sector.

PALABRAS CLAVE: artistas en espectáculos públicos; actividades artísticas; temporalidad; contrato fijo discontinuo; extinción; Covid-19; Real Decreto-ley 5/2022.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL.- II. LA INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LAS PERSONAS ARTISTAS.- III. VICISITUDES DE LAS RELACIONES LABORALES.- IV. RÉGIMEN LABORAL ACTUAL DE LAS PERSONAS ARTISTAS. 4.1. Ámbito subjetivo. 4.2. Forma del contrato. 4.3. Duración y modalidades del contrato del trabajo. 4.4. Extinción del contrato. 4.5. Jurisdicción competente. 4.6. Disposiciones en materia de Seguridad Social.- V. BREVES REFLEXIONES.

THE LABOR REGIME OF PEOPLE DEDICATED TO ARTISTIC ACTIVITIES AND TECHNICAL AND AUXILIARY ACTIVITIES FOR THEIR DEVELOPMENT SPECIAL REFERENCE TO ROYAL DECREE-LAW 5/2022, OF MARCH 22.

ABSTRACT: the special employment relationship of artists has recently been modified through the entry into force of Royal Decree-Law 5/2022, of March 22, in order to adapt to Royal Decree-Law 32/2021, of December 28, and therefore, to the new social and labor realities. Therefore, the objective of these lines is to contribute to the knowledge of the labor regime of artists, analyzing the regulatory situation prior to the Covid-19 pandemic, as well as the regulatory evolution from March 2020 to the present. All this with the purpose of knowing and reflecting on the current regulatory situation of this sector.

KEYWORDS: artists in public shows; artistic activities; temporality; discontinuous fixed contract; extinction; Covid-19; Royal Decree-Law 5/2022.

SUMMARY: I. BACKGROUND OF THE LABOR LEGAL REGIME.- II. THE IMPACT OF THE PANDEMIC ON THE PROVISION OF SERVICES BY ARTISTS.- III. VICISSITUDES OF LABOR RELATIONS.- IV. CURRENT LABOR REGIME OF ARTISTS. 4.1. subjective field. 4.2. Form of the contract. 4.3. Duration and modalities of the employment contract. 4.4. Termination of contract. 4.5. Competent jurisdiction. 4.6. Provisions regarding Social Security.- V. BRIEF REFLECTIONS.

I. ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL

Dentro de la normativa nacional confluye una puridad de normas en la regulación de las relaciones laborales de este colectivo. Hemos de partir del principio rector contenido en el artículo 44, apartado primero, de nuestra norma suprema, por el que se establece el mandato al constituyente de promover y tutelar el acceso a la cultura como derecho universal. No obstante, en relación con la legislación ordinaria e inmediatamente inferior a la Constitución Española, en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 9.3 de dicho cuerpo legal, encontramos un conglomerado de normas que enmarcan esta relación laboral de carácter especial.

El Estatuto de los Trabajadores, por su parte, establece en su artículo 2 las relaciones laborales de carácter especial, y más concretamente, en su apartado primero letra e), recoge aquellas prestaciones que son realizadas por «personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad». Al ser considerada una relación laboral de carácter especial su regulación se encuentra desarrollada en su normativa específica, siendo esta el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (en adelante, RD 1435/1985), rigiendo con carácter supletorio el Estatuto de los Trabajadores. Por lo cual, el legislador del año 1985 consideró que la mayoría de las relaciones laborales de carácter especial se enmarcaban dentro del ámbito público, quedando de manera residual las relaciones laborales artísticas de carácter común[1]. De ahí que el ámbito de aplicación subjetivo de la norma se circunscriba al primer supuesto.

El ámbito subjetivo de aplicación del RD 1435/1985, se encuentra enmarcado en su artículo primero estableciendo que estarán sujetos, y, por lo tanto, obligados por dicha norma aquellos sujetos enmarcados dentro del ejercicio de las actividades artísticas desarrolladas directamente ante el público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo, en medios como el teatro, cine, radiodifusión, televisión,

[1] Valdés Dal-Ré, F. (2008). “La relación laboral de los artistas: notas sobre su configuración”. Relaciones Laborales. 22 (1).

plazas de toros, instalaciones deportivas, circo, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición[2].

Por lo cual, podemos establecer que cuando el ámbito de ejecución rebase la esfera pública para incluirse en la esfera privada, no se dará el requisito de aplicación del RD 1435/1985 de espectáculo público, y, en consecuencia, dicha norma no será de aplicación[3]. Ya que dicha actividad posee un carácter personalísimo[4]. Sin embargo, en el apartado cuatro del artículo 1, en su redacción original, ya da una respuesta clara a tales actividades artísticas del ámbito privado, enmarcándolas en el derecho laboral común.

La redacción original del artículo 5.1 RD 1435/1985, es decir, de la redacción dada por el legislador con anterioridad al RDLey 5/2022 que analizaremos posteriormente en las presentes líneas, «sienta el principio de autonomía de la voluntad en la determinación de la duración del contrato especial de artistas[5]», lo cual se aleja de los principios contenidos en la norma laboral para las relaciones laborales comunes. No obstante, el RD 1435/1985 establece una remisión expresa de carácter supletorio al Estatuto de los Trabajadores. Por lo cual, en las relaciones laborales de carácter especial de los anteriormente denominados artistas en espectáculos públicos, deberá de aplicarse lo contenido en el RD 1435/1985 y en el Estatuto de los Trabajadores, siendo este de aplicación subsidiaria y no pudiendo contradecir su aplicación a lo contenido en el RD 1435/1985.

Dicho artículo 5, en su redacción original, está dedicado a la duración y modalidades del contrato de contrabajo, pudiendo ser tal duración tanto indefinida, como determinada. En este último caso el legislador de 1985 estableció que «podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel», pudiendo sufrir diversas prórrogas. Todo ello, con la limitación de la incursión del fraude de ley. Este precepto en su apartado segundo, volvía establecer la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, en lo relativo a las modalidades contractuales, incluyendo a los contratos fijos discontinuos[6]. En contradicción con la

---

[2] Art. 2.1 RD 1435/1985.

[3] García Testal, E. (2016). "La finalización del contrato de trabajo del artista: extinción de contratos temporales e inejecución del contrato". Revista de Información Laboral. 86 (1).

[4] García Testal, E. (2017). Contrato de Trabajo y Propiedad Intelectual de los artistas musicales. Valencia: Tirant Lo Blanch.

[5] Gómez Abelleira, F.J. (2015). "La conversión en indefinido por reiteración discontinua y por la utilización sucesiva de los contratos temporales en la relación especial de los artistas". *Revista de Información Laboral. 1* (1), p. 2.

[6] Es de notoria relevancia traer a colación que la modalidad contractual de los contratos fijos discontinuos ha sufrido una modificación de carácter estructural a raíz de la entrada en vigor del

«lucha contra la temporalidad» imperante actualmente en la legislación laboral y mantenida en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, se extrae la consideración de las relaciones laborales especiales de los artistas en espectáculos públicos como relaciones laborales especiales de duración determinada. No obstante, en relación con la limitación de la temporalidad a través del fraude del ley, dicha aplicación de la figura jurídica anteriormente mencionada es de escasa aplicación o de difícil observancia, debido a la posibilidad normativa de las diversas prórrogas contractuales de los correspondientes contratos temporales, es decir, la permisibilidad de la encadenación de contratos temporales en esta relación laboral de carácter especial a diferencia de las relaciones laborales comunes enmarcadas en el Estatuto de los Trabajadores. Por lo cual, la aplicación del fraude de ley queda relegado a las situaciones de falta de observancia del contenido de la negociación colectiva o, en aquellos supuestos en los que se produzca una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al realizar un cambio de jornada, pasando de carácter indefinido a temporal[7].

Tal cuestión quedó patente en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2020, por la cual se permite el uso contratación temporal y excluye la aplicación de la redacción anterior del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores[8]. Sin embargo, con anterioridad a la resolución del Alto Tribunal mencionada con anterioridad encontramos otra corriente doctrinal con pronunciamientos dispares a tal sentencia. Ejemplo de lo cual, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias entendió que no se podrá considerar un trabajador fijo discontinuo a una persona trabajadora que haya prestado sus servicios durante tres temporadas. No puede definirse que la citada relación tenga el carácter de fija discontinua y que tampoco se pueda tildar a la misma que esté hecha en fraude de ley, puesto que los contratos fueron extinguiéndose sin que ninguna repercusión tenga por ello el hecho de que los primeros contratos llevados a cabo fueran verbales. Se trata, en definitiva, de una relación especial de artistas sujeto a ese Real Decreto, donde se permite, conforme al art. 5, la relación temporal[9].

De manera que, se podrá afirmar que «si un artista es contratado para varias temporadas puede llegar a adquirir la condición de trabajador fijo discontinuo[10]»[11].

RDLey 32/2021, por lo que nos limitaremos en las presentes líneas a indicar tal cuestión, empero no a desarrollarla. Ya que, en su defecto, se desvirtuaría el objetivo principal del presente estudio.

[7] García Testal, E. (2016). "La finalización… *ob. cit.*

[8] Palomino Saurina, P. (2020) "Consecuencias de la formalización de sucesivos contratos temporales en la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos. Comentario a la sentencia del TS de 15 de enero de 2020 rec. n.º 2845/2017". *Diario Le Ley. 9616* (1).

[9] STSJ de las Islas Canarias, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2019, recurso 269/2019, fundamento de derecho 3º.

[10] «Si por la concurrencia de una serie de circunstancias favorables esta obra o espectáculo musical fue mantenido varias temporadas seguidas, lo que aquí acontece, antes de iniciar su gira

Cuestión abalada por el Tribunal Supremo[12], al considerar que la duración del contrato se ve estrechamente ligada a la duración de la obra que lo motiva, no siendo objeto de controversia la suspensión de la misma[13].

El cambio acaecido por la Sentencia del Tribunal supremo de 15 de enero de 2020 da un giro de 180 grados en virtud de la línea jurisprudencial anterior, al considerar que «cuando el objeto de la actividad contratada posea un carácter estructural y ordinario de la empleadora, dicha relación laboral ha de considerarse indefinida[14]». No obstante, el Alto Tribunal, como no puede ser de otra manera, sigue manteniendo que los contratos de trabajo dimanados de dicha relación laboral especial deben de tener sus particularidades, como, por ejemplo, la determinación de la obra concreta que va a realizar[15].

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en su sentencia de 19 de marzo, asunto C-103/2018, estableció que no puede excluirse de la aplicación de la figura jurídica de la sucesión de contratos temporales, en aquellos supuestos en los que la persona trabajadora sea un empleado público que ocupa de modo permanente, un puesto de trabajo de carácter estructural en virtud de un contrato interino por proceso selectivo.

Una vez expuestas las modalidades contractuales y la previsibilidad del carácter temporal de la antigua relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, no podemos pasar estas líneas sin establecer el cómo proceder a la extinción de las mimas en relación con la redacción original del RD 1435/1985. En virtud de lo cual, hemos de acudir al contenido del art. 10 de dicho cuerpo legal, en el cual se estableció

---

por diversas ciudades españolas, no por ello tal actividad (la desplegada en esa concreta obra o espectáculo) adquiere la condición de fija discontinua. En efecto, para que un determinado trabajo tenga la cualidad de fijo discontinuo es necesario que esté adornado de un cierto carácter de permanencia o subsistencia a lo largo de los años». STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2009, recurso 3466/2009.

[11] Martín Vales, P. (2020). "El encadenamiento de contratos en la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2020". Trabajo y Derecho. 69 (1), p. 5.

[12] Por todas, STS, Sala de lo Social, de 15 de enero de 2008, recurso 3643/2006.

[13] STS, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2012, recurso 4114/2011.

En sentido contrario, el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su sentencia de 20 de mayo de 2011, recurso 758/2011, resuelve que «el contrato persiste mientras la obra permanece en cartel de forma ininterrumpida, sin que se reanude su vigencia cuando la obra continúa en cartel al iniciarse una nueva temporada».

[14] Martín Vales, P. (2020). "El encadenamiento… *ob. cit.,* p. 6.

[15] Considerando 6ª del Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. No obstante, la premisa central del presente Acuerdo y posterior Directiva, consistía en que la contratación indefinida era la imperante en el mercado laboral, quedando la contratación temporal como residual. Premisa que posteriormente se vio en su contraposición en un escaso margen temporal.

que dicha extinción se producirá bien cuando se hubiera cumplido el objeto del contrato de trabajo, o bien, cuando finalizara el tiempo convenido en el mismo, así como sus diversas prórrogas. De manera que, si tal extinción o finalización se produjese en otras condiciones, estaríamos ante la calificación de despido improcedente. Debiendo preavisarse en aquellos supuestos en los que la duración del contrato sea superior a un año -un mes-, seis meses -quince días-, o tres meses -diez días-. Además, deberá acompañarse a dicho preaviso de una indemnización equivalente a siete días por año de servicio en aquellos supuestos en los que la duración del contrato sea superior a un año -incluidas sus prórrogas-, pudiendo mejorarse por convenio colectivo.

Los efectos de la inobservancia de la obligación del preaviso operarán de forma favorable a la otra parte de la relación laboral especial a través de la correspondiente indemnización por aquellos días faltantes en tal obligación, sin llegar a la calificación de improcedencia o nulidad de la extinción. Por su parte, la falta de denuncia no tendrá los mismos efectos que en las relaciones laborales comunes, es decir, «la prórroga tácita y no su conversión en indefinido[16]», por un periodo igual al establecido en el contrato originalmente[17]. Mientras que, la indemnización únicamente operará, por un lado, en los contratos de duración determinada, ya que de lo contrario, estaríamos ante un detrimento de los derechos de los personas trabajadoras en espectáculos públicos en relación con las personas trabajadoras en relaciones laborales comunes - treinta y tres días por año de servicio-. Además, dicha indemnización de siete días, solo operará, por otro lado, cuando la terminación de la relación laboral especial sea por la finalización del contrato por su cumplimiento o la expiración del tiempo pactado, en el mismo sentido que el anterior requisito expuesto.

En los supuestos de inejecución del contrato que conlleve la inejecución total de la actividad artística -cuando no se hubiera comenzado a ejecutarse la prestación pactada-, tanto por parte de la empresa, como por parte de la persona trabajadora, el art. 10.4 del RD 1435/1985, establece como norma de aplicación lo contenido en el Código Civil, cuestión que se ha visto inalterable en relación con la entrada en vigor del RDLey 5/2022. Sin embargo, la aplicación del Código Civil en la relación laboral especial ha supuesto una deslaboralización[18] de dicha relación en virtud a las causas y efectos de la misma. Ya que la aplicación del art. 1.124 de dicho cuerpo legal «aboca a la extinción no indemnizada del contrato[19]», sufriendo un claro perjuicio la persona trabajadora por la no

[16] García Testal, E. (2016). "La finalización… *ob. cit.,* p. 25.

[17] Ruiz de la Cuesta Fernández, S., (2007). El contrato laboral del artista. Valencia: Tirant lo Blanch.

[18] García Testal, E. (2017). Contrato *ob. cit.*

[19] Martín Vales, P. (2020). "El encadenamiento… *ob. cit.,* p. 3.

aplicación del art. 10 del RD 1435/1985. No obstante, es de notoria relevancia traer a colación que la competencia para conocer de los procedimientos dimanados de dicha relación laboral especial recaerá en los Juzgados de lo Social y no en los Juzgados de lo Mercantil[20].

En consecuencia, nos adherimos a García Testal considerando al RD 1435/1985 de ineficaz e ineficiente, ya que en todo caso esta deber ser completada con pactos o acuerdos de carácter individual o colectivo[21].

Sin embargo, es necesario traer a colación el Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía (de ahora en adelante, RDLey 26/2018). En dicho cuerpo legal introdujo en el LGSS en su art. 4, una sección 4ª, con el epígrafe «artistas en espectáculos públicos». Por lo cual, vemos que el legislador previo a la pandemia ya establecía el mandato al constituyente de la «a la aprobación de un real decreto para modificar la regulación de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y sustituir el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto» (DF 3ª), dando como plazo al efecto seis meses. Empero, se tuvo que esperar hasta la entrada en vigor del RDLey 5/2022, para ver cumplido dicho mandato[22].

Además de establecer la compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad de creación artística (Disposición Final segunda). Mas el legislador de 2018 fue más allá y a través de la Disposición Transitoria única establece la inclusión de en el Régimen General de Seguridad de la Seguridad Social los artistas en inactividad. Lo cual se materializó en el art. 249 ter LGSS, el cual lleva por título «inactividad de los artistas en espectáculos públicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social».

No obstante, con la incursión de la pandemia, todos los plazos tanto judiciales como administrativos se suspendieron hasta el 1 de junio de 2020, lo cual supuso la paralización de las disposiciones del RDLey 26/2018 anteriormente mencionadas. Por lo cual, tendremos que esperar hasta el RDLey 5/2022 para que dichas modificaciones se materializaran.

Es de notoria relevancia traer a colación la solicitud de elaboración por parte de la Comisión de la Cultura del Estatuto del Artista publicado el 7 de junio de 2018 y aprobado de forma unánime por el Congreso de los Diputados el 6 de septiembre de dicho año.

---

[20] Ruiz de la Cuesta Fernández, S., (2007). El contrato… *ob. cit.*

[21] García Testal, E. (2016). "La finalización… *ob. cit.*

[22] Hierro Hierro, F.J. (2022). "Algunas notas sobre la regulación de urgencia reciente: reales decretos-leyes 4, 5 y 6/2022". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. 253 (1).

II. LA INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LAS PERSONAS ARTISTAS

La irrupción de la pandemia dio un vuelco al contexto social, económico y laboral que hasta momentos «pre pandémicos» nadie podía vaticinar. En un primer momento y con la finalidad de paliar el índice de contagios y fallecimientos, el Gobierno central, impuso una serie de medidas sanitarias que tuvieron una gran repercusión en nuestro tejido empresarial. En función de cual, de forma casi inmediata, el legislador comenzó a regular a través de reales decretos-leyes en los cuales establecía diversos instrumentos con la finalidad de intentar mitigar los estragos producidos por la llegada del Covid-19.

En virtud de lo cual, se promulgó el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 (en adelante, RDLey 17/2020). Se pudo observar que durante los meses de marzo y abril del 2020 el Gobierno se centró en el sector agrario, los trabajadores autónomos o los empleados del hogar; en el mes de mayo era el turno de establecer medidas excepcionales a las personas trabajadoras dedicadas a los espectáculos públicos.

La propia exposición de motivos de la norma considera como sector cultural «todo el tejido empresarial y de profesionales que dan soporte, servicio e infraestructura necesaria al mismo, y comprende toda la cadena de valor». Cuestión de relevancia notoria es la extensión del concepto amparado por la norma analizada no solo a los artistas, sino a toda su cadena de valor. Asimismo, se indica que la afectación de los efectos negativos de la pandemia en el sector económico, social y laboral afecta en mayor medida a las mujeres incentivando la brecha de desigualdad preexistente.

Como primer bloque de medidas encontramos las medidas para facilitar la financiación del sector cultural y de apoyo a sus trabajadores. Para poder materializar dichas medidas se establece la concesión directa de subvenciones, así como el acceso extraordinario a la prestación por desempleo de los artistas siempre y cuando no estén incursos en un expediente de regulación temporal de empleo, tanto de reducción de jornada como de suspensión de contratos, habilitados de forma extraordinaria para paliar los efectos adversos de las medidas sanitarias del Covid-19.

Dichos artistas podrán beneficiarse de esta prestación de desempleo extraordinaria y una única vez, siempre y cuando cumplan con los requisitos generales contenidos en el art. 266 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS) y los requisitos específicos establecidos en el art. 2 del RDLey 17/2020. En relación con los primeros el beneficiario de la prestación de desempleo para poder ostentar tal condición deberá tener el periodo mínimo de carencia establecido en la LGSS, dentro de los seis años

anteriores; estar en situación legal de desempleo, así como disponibilidad de búsqueda activa de empleo y aceptación de colocación adecuada a través del compromiso de actividad; no haber cumplido la edad legal para acceder a la pensión jubilación de carácter contributivo; y, estar inscrito como demandante de empleo. No obstante, en relación con los requisitos específicos, no será exigible incurrir en situación de alta o asimilada al alta, ni estar afiliado al Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo, tal prestación es incompatible con cualquier otro ingreso derivado de la realización de actividades tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y con cualquier otra prestación que asegure ingresos mínimos.

El apartado segundo del art. 2 del RDLey 17/2020, establece medidas de apoyo para aquellas personas trabajadoras que a raíz de las medidas sanitarias impuestas por la pandemia y estando incursas en el Régimen General de la Social, no puedan seguir con su actividad, se les reconocerá la situación legal de desempleo en los periodos de inactividad correspondientes en el año 2020 a dichas medidas sanitarias, siempre que: hayan cotizado durante el año inmediatamente anterior veinte días de actividad; no estén percibiendo o hayan optado por la prestación contributiva de desempleo ordinaria. Al igual que en el apartado primero de dicho precepto resulta incompatible el acceso a esta prestación en los puestos en lo que el posible beneficiario este disfrutando de otra prestación de igual naturaleza.

El segundo bloque de medidas es el relativo al apoyo a las artes escénicas y de la música, de pago único, a las que podrán optar las personas físicas en situación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, así como las personas jurídicas. No obstante, se excluyen de la misma aquellos que tengan su domicilio fiscal en un Estado considerado como paraíso fiscal. El art. 4 del RDLey 17/2020 regula los mecanismos habilitados para los «contratos del sector público de interpretación artística y de espectáculos suspendidos o resueltos» de cuantía no superior a 50.000 euros. Para los cuales se establece la posibilidad de un adelanto del pago sobre el monto máximo del treinta por ciento de la cantidad y, la posible indemnización a favor del contratista entre el tres y el seis por ciento del precio del contrato.

Asimismo, a través de la DF 12ª del RDLey 17/2020 el legislador añade una disposición adicional trigésima octava a la LGSS, relativa a los «gastos de manutención y gastos y pluses de distancia por desplazamiento de los músicos». A través de la misma se establece que en los supuestos en los artistas en espectáculos públicos deban desplazarse para realizar actuaciones por un plazo temporal inferior a cinco días, «se computarán los gastos de manutención y los gastos y pluses de distancia por el desplazamiento de aquellos desde su domicilio a la localidad donde se celebre el espectáculo».

Como tercer bloque de medidas encontramos las relativas a la cinematografía y a las artes visuales entre las que destacan: la ampliación de plazos a las películas beneficiarias de ayudas concedidas en el periodo de 2016 a 2019 del cumplimiento de sus obligaciones; flexibilización de las obligaciones para el año 2020; retraso de la obligación de inicio y comunicación del rodaje hasta la finalización del estado de alarma; el pago de las ayudas generales para la producción de largometrajes sobre el proyecto; y, subvenciones para los titulares de exhibición cinematográfica, entre otras.

Por su parte, el cuarto bloque de medidas se encuentra relacionado con el sector del libro y del arte contemporáneo, para el cual se establecen ayudas extraordinarias como consecuencia del impacto negativo del Covid-19. Mientras que, el quinto y último capítulo está destinado a recoger las otras medidas adicionales como son el abono a de las subvenciones para actividades culturales que no se hayan podido realizar a consecuencia de la pandemia y ayudas convocadas por el Consejo Superior de Deportes. Asimismo se añaden medidas de carácter extraordinario para la digitalización y la innovación y para el tejido económico de la actividad museística y el mantenimiento patrimonial.

En consecuencia, podemos observar que esta norma, fundamentalmente, incluye de manera extraordinaria a los artistas en espectáculos públicos como beneficiarios de la prestación por desempleo y la otorgación de subvenciones públicas como instrumentos básicos para paliar las consecuencias negativas de la incursión de la pandemia en el sector.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (en adelante, RDLey 19/2020), estableció que dicho derecho a la prestación extraordinaria, pudiera quedar suspendido -suspendiéndose, a su vez, el abono de la prestación-, mientras la persona beneficiaria realizara una prestación de servicios por cuenta propia o ajena, empero, en todo caso, el reconocimiento como beneficiario de la prestación extraordinaria debería realizarse previamente a dicha suspensión.

Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2020, de 3 de noviembre, por el que se aprueban medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultural (en adelante, RDLey 32/2020), se vio ampliada la duración de la protección por desempleo de los artistas hasta el 31 de enero de 2021. No obstante, no fue la única ampliación que sufrió dicha prestación extraordinaria, seguidamente se

amplió hasta el 31 de mayo de 2021[23] y, posteriormente, hasta el 31 de septiembre de 2021[24].

Asimismo, el RDLey 32/2020 amplió su ámbito subjetivo a «las personas trabajadoras que presten servicios técnicos indispensables para que los espectáculos públicos y actividades culturales tengan lugar y que participan de la misma intermitencia propia de los artistas[25]». Ampliación que veremos reforzada con la entrada en vigor del RDLey 5/2022.

III. VICISITUDES DE LAS RELACIONES LABORALES DE LOS ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Con la llegada de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC), supuso una revolución en las formas de acceder al público, disminuyendo notablemente la presencialidad y el formato papel de sus creaciones. Asimismo, dichas TIC facilitaron «la reproducción mecánica de obras musicales, literarias y dramáticas[26]» pudiendo ejecutarse de forma separada, debido, sobre todo, a la digitalización[27]cabero. Sin embargo, no todos son ventajas en la sociedad 4.0 para los artistas, ya que, la posibilidad de llegar al público sin intermediarios puede conllevar el uso ilegal de sus creaciones.

La intervención de menores en espectáculos públicos como puedan ser películas, obras de teatro o series de televisión, está amparada bajo nuestra legislación siempre y cuando gocen de la previa autorización de los progenitores- o de aquellos que ostenten la patria potestad-, y de la autoridad laboral, y, tales anuncios obras de teatro, series o películas tengan una duración determinada y su realización no dificulte o impida el desarrollo del menor. En este sentido la Directiva 94/33/CE, del Consejo, de 22 de junio, establece la posibilidad de realizar prestaciones laborales de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario (art. 5.1) por parte de menores de edad. Cuestión contradictoria con la actual regulación del art. 2 del RD 1435/1985, en la cual se recoge la posibilidad

[23] RDLey 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

[24] RDLey 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.

[25] De la Puebla Pinilla, A. y Gimeno Díaz de Atauri, P. (2021). "Crisis laboral Covid-19y protección social. Panorama general de la protección `por desempleo en tiempos de emergencia sanitaria". *Trabajo y Derecho*, 81 (1), p. 12.

[26] Alzaga Ruíz, I. (2017). "Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. 203 (1), p. 5.

[27] Cabero Morán, E. (2022). "La relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo". Trabajo y Derecho. 89 (1).

de la prestación de trabajo de un menor únicamente para los espectáculos públicos. Mientras que en la Directiva 94/33/CEE amplia este campo a las actividades publicitarias como excepción a la prohibición de prestación de servicios de los menores de quince años[28]. En consecuencia, podemos afirmar que la mencionada Directiva no se encuentra transpuesta en su totalidad ni correctamente, por lo que una reforma del RD 1435/1985 incluyendo los anuncios publicitarios resulta más que aconsejable.

Otra de las vicisitudes que nos encontramos en el sector de los espectáculos públicos, al igual que en otros muchos sectores de nuestro tejido empresarial, es la elevada tasa de temporalidad o rotación de personas trabajadoras. Esta temporalidad viene justificada por el legislador en el carácter de su prestación, es decir, los artistas en espectáculos públicos son contratados para una determinada actividad de carácter temporal. Dicha premisa, en un primer momento parece justificada, sin embargo, dicha temporalidad parece fracturarse cuando hablamos de espectáculos con una duración superior a los tres años[29].

Por su parte, la redacción dada por el legislador de 1985 en relación al art. 5.2 establece como una de las modalidades de contratación la de, contrato fijo discontinuo. En esta relación laboral especial, existe una «libertad de duración del contrato, que puede vincularse a actuaciones concretas, a una fecha cierta, a una temporada o al tiempo que una obra permanezca en cartel[30]», lo cual se aleja notablemente de la justificación objetiva que obedece a los contratos eventuales.

No obstante, esta afirmación choca frontalmente con los supuestos en los que se contrate a un artista por una temporada, tal y como permite el contrato especial de artistas, aún con las posibles prórrogas, salvo en los supuestos de fraude de ley. Esta situación de fraude de ley parece atisbarse con mayor claridad en los supuestos de las «prórrogas sucesivas», en los cuales ha de analizarse el carácter temporal o indefinido de las mismas. Para dar respuesta a tal cuestión el Alto Tribunal ha sentado doctrina al considerar que el número máximo de prórrogas del contrato de trabajo de esta relación especial habrá que determinarse de forma individual, atendiendo a cada supuesto en función de sus características y circunstancias. Empero, estas prórrogas nunca podrán gozar de un carácter indefinido[31], siendo la limitación temporal contenida en la doctrina

[28] Alzaga Ruíz, I. (2017). "Propuestas de... *ob. cit.*

[29] Tal límite temporal obedece a la regulación laboral contemplada en el antiguo art. 15 ET a través del denominado contrato de duración determinada por obra o servicio. El cual fue derogado con la entrada en vigor del RDLey 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. Cuestión que se analizará en el apartado siguiente.

[30] Gómez Abelleira, F.J. (2015). "La conversión… ob. cit., p. 4

[31] STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 15 de febrero de 2016, recurso 502/2016.

judicial anteriormente mencionada el periodo máximo de tres años, coincidente con la duración máxima, salvo ampliación por convenio colectivo, del extinguido contrato de obra o servicio de duración determinada. En virtud de lo cual, para Alfonso y Pérez, no se exige una especial casualidad para la contratación temporal «por lo que esta es la normal pudiendo hacerse para una o varias actuaciones, por un tiempo determinado, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel pudiendo hacerse sucesivas prórrogas de los contratos»[32], a excepción de los supuestos de fraude de ley[33].

Diferente cuestión encontramos a la hora de la aplicación, o falta de esta, del artículo 15.5 ET[34]y la inclusión de dichas relaciones especiales en la Directiva 1999/70 /CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Sin embargo, el alto Tribunal ha establecido que no será de aplicación dicha Directiva en estos supuestos ya que el antiguo art. 15 ET «viene a establecer un criterio objetivo de limitación de contratos temporales a un tope máximo sin necesidad de que haya que apreciar circunstancias indiciarias de abuso ni menos de fraude de ley, debe aplicarse a los contratos temporales de los artistas[35]».

IV. RÉGIMEN LABORAL ACTUAL DE LOS ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

El pasado 28 de diciembre de 2021, se publicó el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, (en adelante, RDLey 32/2021). Esta norma modificó y, en su caso, derogó cuestiones fundamentales de las relaciones

[32] Alfonso Mellado, C.L. y Pérez Alonso, M.A. (2020). GPS Laboral Guía Profesional. Valencia: Tirant lo Blanch

[33] Martín Vales, P. (2020). "El encadenamiento… *ob. cit.,* p. 9.

[34] Artículo 15.5 del estatuto de los Trabajadores: « Sin perjuicio de lo anterior, las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal».

[35] STS, Sala de lo Social, 376/2020, de 15 de enero, recurso 2845/2017, fundamento de derecho cuarto.

laborales de los artistas en espectáculos públicos. Al ser el RDLey 1435/1985 una norma con rango de ley ordinaria, se ha optado porque la modificación del texto normativo revista la forma de real decreto-ley, «aunque los reales decretos modificados mantienen su rango reglamentario[36]».

No obstante, la norma que ha producido un mayor cambio en el RD 1435/1985 en lo que corresponde a los artistas es el RDLey 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector . En consecuencia, con la entrada en vigor del RDLey 32/2021 y, en mayor medida, el RDLey 5/2022, se modificaron, entre otras normas, el Estatuto de los Trabajadores y el RD 1435/1985. A través de las siguientes líneas se intentará aclarar cuáles son las principales modificaciones acaecidas en relación con el sector de los artistas en espectáculos públicos.

4.1. Ámbito subjetivo

Con anterioridad a la reforma, la consideración de relación laboral del artistita en espectáculos públicos, no venía amparada por otra actividad conexa y similar, sino que únicamente el artículo 2.1, apartado e), ET rezaba «la de los artistas en espectáculos públicos». Cuestión que fue ampliamente criticada por la doctrina al entender que la Directiva 94/33/CE establecía un ámbito de aplicación subjetivo mayor que el RD 1435/1985 que desarrolla el régimen laboral de la relación laboral especial contemplada en el art. 2.1 e) ET. De manera que la primera amparaba bajo su ámbito de aplicación prestaciones laborales de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario, mientras que la segunda solo contempla los espectáculos públicos, dejando a un lado los anuncios publicitarios.

No obstante, con la llegada del RDLey 5/2022 este ámbito subjetivo de aplicación se actualiza, incluyendo nuevas formas de prestación de servicios de servicios los artistas, como son los *youtubers* o los *influencers.* En ese sentido se modificó la letra e) del art. 2.1 ET para incluir a las «personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad». Así como, también el art. 1 del RD 1435/1985.

La relevancia de dicha norma es notaria, tal es así que incluso ha supuesto la modificación de la denominación del RD 1435/1985, pasando a denominarse «por el que

[36] Cabero Morán, E. (2022). "La relación… *ob. cit.,* p. 4.

se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad». Todo ello en virtud de la modificación del ámbito de aplicación subjetivo.

En consecuencia, el art. 1 dedicado a la enmarcación del ámbito de aplicación del RD 1435/1985 se ve modificado. En primer lugar, podemos observar que se produce la inclusión del personal técnico y auxiliar de los propios espectáculos. Cuestión de notoria relevancia si observamos la anterior redacción del RD 1435/1985, la cual, en su art. 1 apartado cinco procedían a realizar una exclusión declarativa de dicho personal técnico y auxiliar. Por lo cual, tal apartado cinco queda suprimido y, en su lugar, el antiguo apartado seis pasa a ser el actual apartado cinco, si más modificaciones. Esta inclusión ha conllevado la modificación del apartado uno del precepto anteriormente mencionado, además de concretar en mayor medida las relaciones laborales especiales incluidas en la norma, pasando a ser «artes escénicas, audiovisuales y musicales» y no meramente artistas en espectáculos públicos.

Por su parte, el apartado dos se establecen una serie de actividades que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del RD 1435/1985. De manera que, se entenderá relación laboral especial en consonancia con esta norma, la existente entre el empleador que organiza o produce la actividad artística y quienes la realizan, así como los técnicos o auxiliares. Siempre y cuando se den las notas de laboralidad contenidas en el Estatuto de los Trabajadores[37]. Además, se añade otro párrafo al dicho apartado dos, en el que se establecen con mayor concreción las actividades incluidas: dramáticas, de doblaje, coreográfica, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas; de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual; artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas, y, en todo caso, cualquier otra persona cuya actividad sea reconocida como la de un artista, intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical.

Por su parte, el párrafo tercero del art. 1 apartado dos trae a colación que se va a entender por personal técnico y auxiliar esencial; preparación, montaje y asistencia técnica; sastrería, peluquería y maquillaje; y otras actividades que no se desarrollen de manera estructural.

Seguidamente, encontramos el apartado tres, dedicado a la forma de creación y difusión del contenido de las actividades anteriormente mencionadas. En este apartado vemos reflejado el uso de las TIC en esta relación laboral de carácter especial, regulando

[37] Martín Vales, P. (2020). “El encadenamiento… *ob. cit.*

la figura de los *youtubers* o *influencers*, entre otros, a través de la difusión de contenido por las diferentes aplicaciones de redes sociales, tanto en diferido como por *streaming*. De esta manera este sector queda regulado y contenido en una norma. Esta regulación se puede considerar necesaria en virtud del nacimiento de nuevas formas de prestar servicios, como pueden ser *youtubers* o *influencers,* o los *riders* y las personas teletrabajadoras. Estas dos últimas, y de forma muy reciente, ya han visto como su modalidad prestacional se regulaba por una norma y no a golpe de sentencia, en unos casos, y por negociación colectiva, en otros casos.

El punto 4, por su parte, se mantiene en su redacción original, estableciendo la exclusión declarativa de las actividades artísticas en ámbito privado, «sin perjuicio del carácter laboral» que subyace en la contratación y competencia, en su caso, de la jurisdicción social.

No obstante, es de notoria relevancia traer a colación la inclusión de la Disposición Adicional Única, en la cual se establece que el régimen aplicable al personal técnico y auxiliar será el contenido en el art. 1, quedándoles exceptuados los artículos 2 -capacidad para contratar-, 6 -derechos y deberes de las partes-, 8 -jornada-, 9 -vacaciones y descansos-, y 10.4 -extinción del contrato e inejecución total de la prestación artística-, del RD 1435/1985, que serán aplicables de forma exclusiva a las personas dedicadas exclusivamente a las actividades artísticas.

4.2. Forma del contrato

Otra de las modificaciones relacionadas con la entrada en vigor del RD 5/2022 es la contenida en el art. 3 del RD 1435/1985 en el cual se establece la forma que ha de regir el contrato de trabajo en esta relación laboral especial. Como primer apartado encontramos la necesidad de forma para la validez de los contratos, independientemente de su modalidad y duración. Dicho apartado se ve modificado en su totalidad, recogiendo la anterior normativa la obligatoriedad de la forma escrita y por triplicado, para con ello, la tercera copia ser registrada en el antiguo INEM. Dado que ese trámite está digitalizado, no hace falta que se produzca por triplicado el contrato, sino que se firma por las partes y se envía telemáticamente al Servicio de Empleo Público Estatal (SEPE). Del mismo modo se procederá con la representación de la persona trabajadora y, en su caso, del empleador.

En cuanto al apartado segundo, al igual que el primero también se encuentra modificado y, ente caso, en su totalidad. De manera que se elimina el contenido mínimo del contrato, ya que dicha cuestión se encuentra regulado en el Estatuto de los Trabajadores, y se incluye el deber de información del contratante a la persona trabajadora de los elementos esenciales del contrato de trabajo, así como aquellas

condiciones de la relación laboral que no se encuentren establecidas en el mismo. Sin embargo, este precepto contiene la aplicación subsidiaria del artículo del Estatuto de los Trabajadores. Por lo cual, podemos observar que el legislador nacional ha establecido esta subsidiariedad de forma reiterada en otros preceptos de citado RD 1435/1985, estando entre ellos el art. 4 -periodo de prueba-, pudiendo, incluso, llegando a ser redundante, ya que el propio art. 12, en su apartado uno establece el carácter subsidiario de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, siempre y cuando su aplicación no sea incompatible con la naturaleza singular de la prestación de servicios de dicha relación laboral de carácter especial. Dicho precepto, ya establecía tal subsidiariedad en su redacción original del año 1985.

No obstante, se mantiene la obligatoriedad a acudir a la norma específica para la contratación de extranjeros en España[38] contenida en el art. 2, apartados dos, del RD 1435/1985. Así como la regulación de la prestación laboral de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos, analizado con anterioridad.

4.3. Duración y modalidades del contrato del trabajo

En relación al periodo de prueba se mantienen las estipulaciones contenidas en el texto original del RD 1435/1985, art. 4, en aquellos contratos de trabajo cuya duración sea superior a diez días, no puedo ser este superior a cinco días o a diez días, en aquellos contratos que tengan en los cuales su duración no sea superior a los dos meses o a los seis meses, respectivamente.

Seguidamente, el art. 5 de la norma anteriormente citada recoge la «duración y modalidades del contrato de trabajo». Antes comenzar con el análisis del mismo, es de notaria importancia traer a colación el RDLey 32/2021, de 28 de diciembre[39], por el cual se procede a realizar una serie de modificaciones en nuestra legislación laboral, entre las que destaca la derogación y, en su caso, modificación del abanico contractual contendido en el Estatuto de los Trabajadores, con la finalidad de paliar la temporalidad

[38] A la hora de proceder a la contratación de trabajadores extranjeros en España deberemos diferenciar la nacionalidad de origen de la persona trabajadora, habiendo de diferenciar entre nacionales de: países Estados miembros de la Unión Europea, países incluidos en el Espacio *Schengen*, terceros Estados y recientemente los naturales de Reino Unido. En los países enmarcados, dentro de los dos primeros, las restricciones a su contratación son muy limitadas, solo a algunas actividades públicas que impliquen defensa del Estado, mientras que las dos últimas se han de regir por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y por la Decisión (UE) 2020/135 del Consejo, de 30 de enero de 2020, respectivamente. Mientras que los dos primeros grupos de nacionales de dichos Estados se regularán por el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

[39] RDLey 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.

e incentivar la estabilidad en empleo. A través del acuerdo tripartito con los agentes sociales, se procede a eliminar los contratos temporales denominados por obra y servicio determinado y contrato de relevo, entre otros, manteniendo, por su parte, su vigencia pero con modificaciones, el contrato de interinidad y el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, pasándose a denominarse contrato por sustitución de persona trabajadora y contrato por circunstancias de la producción, respectivamente. Esta limitación de la contratación temporal ha llevado aparejada la consiguiente adaptación de las relaciones laborales de carácter especial para, con ello, seguir con la línea legislativa de restringir lo máximo posible la contratación temporal, reforzando la contratación indefinida.

En consecuencia, con lo anteriormente expuesto, y como no puede ser de otra manera, dicho art. 5 se ha visto modificado en su integridad. De manera que, en su apartado uno se establece la posibilidad de contratación tanto de duración indefinida, como de duración determinada. Mientras que en el apartado dos se desarrollan las condiciones en las que puede darse la contratación temporal. En una primera lectura del precepto podemos observar que de las dos modalidades de carácter temporal anteriormente mencionadas y vigentes, salvo la transitoriedad de los contratos de trabajo en vigor, únicamente se contemplan aquellos contratos temporales por circunstancias de la producción. Lo cual en el sector de la relación laboral de carácter especial se adecúa el mismo para dar respuesta a sus concretas necesidades y características, siempre bajo la obligatoriedad y consiguiente motivación, de su carácter estricta y claramente temporal. De manera que, dicha modalidad contractual podrá celebrarse tanto para una como para varias obras y/o actuaciones, las cuales tendrán una fecha de finalización cierta, una temporada de su realización concreta o durante el periodo en el que permanezca en cartel, o, en su caso, por las fases de producción.

4.4. Extinción del contrato

A raíz de la modificación de la duración y modalidades del contrato anteriormente señaladas, la extinción de tales modalidades contractuales, contenida en el art. 10 del RD 1435/1985, se ve modificada. En su apartado primero, se establece que aquellos contratos cuya duración sea por tiempo determinado o que el objeto del mismo este sujeto a término o condición, se verán extinguidos una vez que se produzca el cumplimiento de los mismos, incluyendo, claro está, las correspondientes prórrogas que pudieran realizarse.

Asimismo, el legislador establece el derecho de las personas dedicadas a las actividades artísticas y a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, una vez que se produzca la extinción del contrato a una indemnización de

«doce días de salario por cada año de servicio, o la superior fijada en convenio colectivo o contrato individual[40]». Por lo cual, se puede observar una similitud evidente con la extinción indemnizada de los contratos temporales recogida en el art. 49.1 c) ET. No obstante, el art. 10.2 RD 1435/1985, tras la modificación sufrida por el RDLey 5/2022, establece una cuantía superior en los supuestos en los que la duración del contrato sea superior a dieciocho meses, siendo está de veinte días por año de servicio. Lo cual choca con la anterior redacción del RD 1435/1985, en la que se establecía una cuantía equivalente a siete días por año de servicio. En consecuencia, el legislador de 2022, no solo equipara la indemnización contenida en el RD 1435/1985 al art. 49.1 c) ET, sino que ve superada y, por tanto, mejorada la cuantía de dicha indemnización en los supuestos en los que la tal duración sea superior a dieciocho meses.

En relación con el periodo de preaviso se mantienen los días establecidos en función de la duración del contrato[41], sin embargo, se establece que dichos límites podrán ser mejorados por convenio colectivo, teniendo el pacto o acuerdo dimanado de la autonomía colectiva preferencia frente a lo expuesto en el art. 10.3 RD 1435/1985. De manera, que el incumplimiento de dicho preaviso generará un derecho frente a la parte de la relación laboral que se ha visto perjudicada frente al incumplimiento realizado por el obligado a realizar dicho preaviso.

Es llamativo que se mantenga en su integridad el apartado cuarto del precepto analizado en relación a la competencia del orden civil en lo correspondiente a los supuestos de inejecución total de la prestación artística, pero se elimine el apartado cinco en el que se la redacción original establecía la aplicación subsidiaria del Estatuto de los Trabajadores en todas aquellas cuestiones relativas a la extinción del contrato no reguladas por el RD 1435/1985.

4.5. Jurisdicción competente

La competencia material y funcional de los conflictos que pudieran surgir como consecuencia del contrato de trabajo, recaerá en el orden social. Dicha cuestión de fondo no se ve alterada por el RDLey 5/2022, no obstante, su redacción si se ve modificada por dicho cuerpo normativo eliminando la expresión «entre los artistas en espectáculos públicos y las Empresas», por «entre las personas trabajadoras y las empresas». Tal modificación de conceptos tiene como finalidad la inclusión no solo de

[40] Art. 10.2 RD 1435/1984.

[41] Art. 10.3 RD 1435/1985: «la empresa deberá preavisar la extinción del contrato a la persona afectada con diez días de antelación, si su duración ha sido superior a tres meses; con quince días si ha sido superior a seis meses, y con un mes si ha sido superior a un año».

las personas dedicadas a las actividades artísticas, sino, también, de las personas dedicadas a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo.

Empero, debemos establecer cuál será el régimen aplicable a los contratos que se encuentren en vigor, en función de lo cual, junto con el principio de seguridad jurídica, se les aplicará la normativa en vigor en el momento de la celebración del contrato.

4.6. Disposiciones en materia de Seguridad Social

En relación a la cotización de los artistas cuyos ingresos anuales sean inferiores a tres mil euros y estos estén integrados en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se les aplicará una cotización reducida[42]. Además, podemos observar que la cuantía de las cotizaciones, que deberán realizar estas personas trabajadoras por cuenta propia, tendrá un carácter flexible en relación a los ingresos reales obtenidos por el desempeño de su actividad artística.

Por su parte, el art. 151.3 LGSS, relativo a la cotización adicional en contratos de duración determinada, también se ha visto modificado por la entrada en vigor del RDLey 5/2022. De manera que, los contratos de duración determinada celebrados con personas trabajadoras incluidas en «la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades, técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad», no les será de la aplicación la obligatoriedad de la cotización adicional por parte del empresario en los contratos de duración determinada inferiores a treinta días.

Siguiendo con las cotizaciones enmarcadas en dicha relación laboral de carácter especial, se modifica el art. 32, apartados 1 y 2, del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (en adelante, RD 2064/1995). En función de lo cual, se elimina la referencia a «los artistas en espectáculos públicos», en favor de «los artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad», manteniendo, claro está, su incursión en la acción protectora del Régimen General. Mientras que, en el apartado tercero del citado precepto legal, se realiza la inclusión de las categorías profesionales de «trabajos técnicos y auxiliares directamente vinculados a actividades de artes escénicas, audiovisuales y las musicales» en el grupo II, a efectos de cotización por contingencias comunes.

[42] DA 1ª del RDLey 5/2022.

En relación a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, el RDLey 5/2022 a través su DA 1ª, será de aplicación una cotización reducida, en aquellos supuestos en los que dichas personas trabajadoras no superen la cuantía de tres mil euros anuales, siempre y cuando se encuentren de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta Propia o Autónomos. A lo cual hay que añadir que su situación se encuentre en una de las recogidas por el Gobierno en función de las «adaptaciones normativas sobre trabajadores por cuenta propia o autónomos» establecidas por mandato de la DA 2ª del cuerpo normativo analizado. Aunque los requisitos se dejan a ulterior desarrollo, el legislador ha establecido el límite de los tres mil euros anuales y su afiliación en dicho Régimen Especial, no obstante, tal aplicación no será genérica para todo el colectivo, sino que se creará «un modelo específico y singularizado de cotización[43]». Por lo cual, podemos afirmar que el legislador ha optado por un política de subvenciones indirectas a través de las cotizaciones sociales.

V. BREVES REFLEXIONES

En relación con el carácter temporal de los contratos de trabajo de la relación laboral anteriormente denominada de artistas en espectáculos públicos, la doctrina jurisprudencial limitaba el uso de las prórrogas contractuales a tres años -coincidente con la regulación del contrato por obra o servicio determinado-. No obstante, todo parece atisbar que a la entrada en vigor del RDLey 32/2021, por el que se llevan a cabo una serie de aprobaciones, modificaciones y derogaciones de gran parte de nuestro ordenamiento jurídico laboral y, entre ellas, la supresión de la modalidad contractual del contrato de duración determinada de obra o servicio, dicha corriente jurisprudencial sufrirá de nuevo un cambio con el fin de adaptarse a la normativa vigente y, más concretamente, al abanico de modalidades contractuales. Por lo cual, nos atrevemos a exponer que la entrada en vigor de dicho cuerpo legal, inclinará la posición jurisprudencial a la preminencia de los contratos fijos discontinuos en los supuestos de prórrogas.

El actual RD 1435/1985, no subsana una de las principales deficiencias de la regulación de la actividad laboral de las personas en actividades artísticas, la determinación del fraude de ley a través de las prórrogas de los contratos. El legislador ha optado por seguir manteniendo el criterio de limitación de las prórrogas a la negociación colectiva, lo cual, en multitud de supuestos, es claramente ineficaz e, incluso, inexistente. En consecuencia se habrá de acudir la línea jurisprudencial actual limitando dichas prórrogas al periodo temporal de tres años. No obstante, la motivación

[43] Hierro Hierro, F.J. (2022). "Algunas notas… *ob. cit.,* p. 27.

de tal periodo de tres años ha quedado vacía de contenido con la derogación del contrato por obra o servicio determinado, lo cual, nos lleva a pensar que se aproxima un cambio jurisprudencial al respecto.

Con la entrada en vigor del RDLey 26/2018, el legislador ha dado un paso relevante en la adecuación de la relación laboral especial de la actividad artística a la actualidad sociolaboral. No obstante, dicha actualización se vio materializada con el RDLey 5/2022.

La pandemia provoco una vorágine normativa sin precedentes y el sector artístico fue afectado por la misma. De ahí que podamos establecer como antecedentes del RDLey 5/2022, los diversos reales decretos-leyes vigentes a lo largo de todo el periodo pandémico, preparando, a su vez, el camino a tal RDLey.

El RDLey da respuesta a una nueva forma de prestación de servicios que ha emergido con el uso de las TIC, los *youtubers* o *influencers.* Estos poseen una gran influencia en la sociedad, además de generar un importe volumen de negocios. Por lo que dadas las especificidades de su prestación laboral no quedaban íntegramente enmarcados en una relación laboral común, pero sí en una relación laboral especial de la actividad artística. Además, de ampliar el ámbito subjetivo de aplicación a las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

Los cambios normativos en esta relación laboral de carácter especial no terminarán aquí, ya que la disposición final quinta del RDLey 5/2022 establece un mandato al ejecutivo para que en los doce meses siguientes a la publicación de dicho texto normativo, es decir, hasta el veintidós de marzo de 2023, se proceda a «la aprobación de una nueva regulación de la relación laboral de carácter especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad» y con ella se sustituya al vigente RDLey 1435/1985. Por lo cual, la regulación actual tendrá una vigencia temporal, en función de la aprobación y consiguiente entrada en vigor, de la norma emanada del Gobierno en función de su competencia delegada.

DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. PRONUNCIAMIENTOS SOCIO-LABORALES EN EL PERIODO MAYO-AGOSTO 2022

Por

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Barcelona

jigninet@gmail.com

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: En esta entrega se recoge los datos esenciales de sentencias, autos y conclusiones generales correspondientes al segundo cuatrimestre de 2022.

*Del Tribunal Constitucional de España se recogen 5 Sentencias.

*Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se recogen 21 Sentencias y 1 Auto, así como 1 Conclusión de los Abogados Generales del TJUE, de sumo interés. Se tratan temas muy variados del Derecho individual del trabajo y de la Seguridad Social, y que en el ámbito de la UE afectan a muy diversos países, incluso en algún caso a España.

PALABRAS CLAVE: Sentencias; Autos; Conclusiones Abogados Generales; Tribunal Constitucional y Unión Europea.

SUMARIO: I. Sentencias y autos del Tribunal Constitucional español: A. Sentencias.- II. Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A. Sentencias.- B Autos.- C. Conclusiones de los Abogados Generales del TJUE.

SPANISH CONSTITUTIONAL DOCTRINE AND OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (SOCIO-LABOUR PRONOUNCEMENTS)

ABSTRACT: In this delivery the essential data of sentences, orders and general conclusions corresponding to the second quarter of 2022

The Constitutional Court of Spain contains 5 Sentences.

The Court of Justice of the European Union includes 21 Judgments and 1 Orders, as well as a 1 Conclusion of the General Counsel of the CJEU, of great interest. Very varied subjects of individual labour law and Social Security are dealt with, and that in the EU scope affect very different countries, even in some cases to Spain.

KEYWORDS: Judgments; Court orders; Conclusions General Attorneys; Constitutional Court and European Union.

SUMMARY: I. Judgments and court orders of the Spanish Constitutional Court: A. Judgments.- B Court orders.- II. Court of Justice of the European Union:- A. Judgments.- B Court orders.- C. Conclusions of the Attorneys General of the CJEU.

I. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Sala Primera. Sentencia 52/2022, de 4 de abril de 2022 [1]

Recurso de amparo 1546-2021. Promovido por doña Asunción Rodríguez Martín respecto del auto dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia y un juzgado de ese mismo orden jurisdiccional de Madrid que desestimaron su demanda de reconocimiento de la situación de incapacidad permanente.

Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de discapacidad: STC 172/2021 (diferencia de trato no prevista normativamente y carente de justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente de haber accedido a la situación de jubilación anticipada a causa de la situación de discapacidad). Voto particular.

Publicada en el «BOE» núm. 113, de 12 de mayo de 2022, pp. 66417 a 66426.

Ponente: el Magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez.

FUNDAMENTO JURIDICO TERCERO

Aplicación de la jurisprudencia constitucional establecida por la STC 172/2021, de 7 de octubre. 3.

La cuestión planteada ha sido ya objeto de resolución en la STC 172/2021 ya citada, en la que se resolvió un recurso de amparo relativo a un supuesto en el que fueron también impugnadas diversas resoluciones judiciales que se remitían expresamente a la misma doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que fundamenta las resoluciones judiciales cuestionadas en el presente recurso de amparo. Este tribunal concluyó, en dicha sentencia, que la interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada en perjuicio de las personas con discapacidad, pues conforme a ese criterio interpretativo, cualquier persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, hasta tanto no haya cumplido la edad ordinaria de jubilación, salvo las personas que hayan accedido a esa modalidad de jubilación por razón de su discapacidad. Ello provoca una diferencia de trato no prevista en la norma, carente de justificación objetiva y razonable, que deriva exclusivamente del hecho de

[1] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-7776

haber accedido a una situación de jubilación anticipada, precisamente por la situación de discapacidad [FJ 4 d)].

En coherencia con dicho pronunciamiento, procede estimar este recurso de amparo por la vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de discapacidad (art. 14 CE), lo que determina la anulación de todas las resoluciones judiciales impugnadas y la retroacción de las actuaciones al momento previo al pronunciamiento de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, a fin de que dicte otra que sea respetuosa con el derecho fundamental reconocido

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Asunción Rodríguez Martín y, en su virtud:

Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de su discapacidad (art. 14 CE). 1.º

Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 16 de febrero de 2021 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1026-2021); de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de febrero de 2020 (recurso de suplicación núm. 821-2019); y de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Madrid, de 12 de marzo de 2019, en el procedimiento núm. 1001-2018 sobre incapacidad permanente. 2.º

Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, a fin de que dicte otra que sea respetuosa con el derecho fundamental reconocido. 3.º

Advertencia:

Corrección de error existente en la Sentencia 52/2022, de 4 de abril de 2022.

Publicada en el BOE del día 18-7-2022[2]

TEXTO ORIGINAL

Advertido error en el apartado segundo del fallo de la sentencia núm. 52/2022, de 4 de abril de 2022, del Tribunal Constitucional, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 113, de 12 de mayo, se procede a su subsanación.

Donde dice: «Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 16 de febrero de 2021 (recurso de

[2] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11959

casación para la unificación de doctrina núm. 1026-2021); de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de febrero de 2020 (recurso de suplicación núm. 821-2019); y de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Madrid, de 12 de marzo de 2019, en el procedimiento núm. 1001-2018 sobre incapacidad permanente».

Debe decir: «Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 16 de febrero de 2021 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1026-2020); de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de febrero de 2020 (recurso de suplicación núm. 821-2019); y de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Madrid, de 12 de marzo de 2019, en el procedimiento núm. 1001-2018 sobre incapacidad permanente».

2. Pleno. Auto 83/2022, de 11 de mayo de 2022[3]

Cuestión de inconstitucionalidad 298-2022.

Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 298-2022, planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con el apartado c) del artículo 49.1 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Publicado en el BOE del día 10-6-2022

II. Fundamentos jurídicos

La Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado c) del art. 49.1 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Aunque se plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto de todo el apartado c) del art. 49.1 LET, en realidad, solo se cuestiona su párrafo primero. 1.

La redacción del precepto cuestionado en el momento de interposición de la presente cuestión de inconstitucionalidad era la siguiente:

El contrato de trabajo se extinguirá: «1.

[…]

Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce

[3] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-9604

días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. c)

[…]».

Con posterioridad al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, la redacción de dicho precepto ha sido modificada por el art. 1.8, del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, si bien dichas modificaciones no afectan al problema suscitado en la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Como se ha expuesto en los antecedentes, la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que el apartado c) del art. 49.1 del Estatuto de los trabajadores, podría vulnerar el art. 14 CE.

La fiscal general del Estado, en el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, se ha opuesto a la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por incorrecta formulación del juicio de relevancia y porque la cuestión suscitada es notoriamente infundada, «careciendo de fondo las dudas suscitadas por el órgano judicial que la ha promovido».

El art. 37.1 LOTC permite a este tribunal rechazar 2. a limine las cuestiones de inconstitucionalidad, mediante auto y sin otra audiencia que la del fiscal general del Estado, cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Pues bien, el análisis de la presente cuestión de inconstitucionalidad pone de manifiesto que no satisface las exigencias que para su promoción se derivan de los artículos 163 CE y 35.2 LOTC.

Son condiciones procesales de la cuestión de inconstitucionalidad que los preceptos cuestionados resulten «aplicables al caso» (juicio de aplicabilidad) y que de su «validez dependa el fallo» (juicio de relevancia), tal y como exigen los arts. 163 CE y 35 LOTC. Es esta una doble condición necesaria y sucesiva para que este proceso mantenga su naturaleza incidental y no se convierta en un juicio abstracto de constitucionalidad desligado de las circunstancias del caso concreto, lo que daría lugar a una ampliación de la legitimación para interponer recurso abstracto o directo de inconstitucionalidad establecida en la Constitución [art. 162.1 a)] y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 32.1).

Conforme a reiterada doctrina constitucional, es competencia del órgano promotor de la cuestión tanto «determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir» (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1), como exteriorizar el juicio de relevancia, esto es, «el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada» (por todos, ATC 21/2001, de 30

de enero, FJ 1), pues «si bien la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, no es, en modo alguno, condición suficiente» (ATC 111/2018, de 16 de octubre, FJ 2).

Sobre ambos juicios, de aplicabilidad y relevancia, este tribunal ejerce un control «meramente externo» (ATC 159/2016, de 20 de septiembre, FJ 2), lo que significa que debe verificar su concurrencia a fin de que no se haga un uso de la cuestión de inconstitucionalidad «no acomodado a su naturaleza y finalidad propias» (ATC 9/2019, de 12 de febrero, FJ 2, con cita de otros), pero no sustituir al órgano judicial en la determinación de ese nexo causal (STC 41/1990, de 15 de marzo, FJ 2), que es una tarea propiamente jurisdiccional y por tanto reservada a aquel (art. 117.3 CE).

No es, en principio, el Tribunal Constitucional el que ha de decidir las cuestiones de hecho o de legalidad ordinaria que se susciten en el proceso a quo y que puedan tener repercusión con la relevancia de la duda de constitucionalidad que eleva el juez promotor. Estas apreciaciones corresponden inicialmente al órgano judicial en el ejercicio de la función que constitucionalmente le corresponde. Pero sí corresponde al Tribunal Constitucional verificar que el órgano judicial haya argumentado suficientemente la relación entre su duda de constitucionalidad y el proceso que está pendiente ante él, pues, de lo contrario, la cuestión de inconstitucionalidad puede perder el carácter concreto que la caracteriza (ATC 139/2017, de 17 de octubre, FJ 2).

Este tribunal ha apreciado que, para poder entender debidamente efectuado el juicio de relevancia, es necesario que el órgano judicial, en el auto de planteamiento, se pronuncie de manera fundada, aunque provisional, sobre la concurrencia del presupuesto de hecho que la norma cuestionada exige para su aplicación, especialmente cuando ha sido controvertida de forma principal tanto en vía administrativa como en el procedimiento judicial a quo (AATC 71/2018, de 20 de junio, FJ 3; 9/2019, de 12 de febrero, FJ 2, y 89/2019, de 16 de julio, FJ 4) o, en su caso, descarte que concurren las causas de inadmisibilidad alegadas por las partes (AATC 14/2018, de 8 de febrero, FJ 4; 111/2018, de 16 de octubre, FJ 3, y 39/2019, de 21 de mayo, FJ 6).

Pues bien, aplicando esta doctrina al presente caso, hay que tener en cuenta que el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad señala en su parte dispositiva que el fallo de la sentencia dependerá de la constitucionalidad o no del apartado c) del art. 49.1 LET, y dice que «para el supuesto de que se entendiera que el cese no constituye un despido improcedente». Por consiguiente, si el órgano judicial llegara a concluir que el cese de la trabajadora constituye un despido improcedente, el art. 49.1 c) LET devendría inaplicable, con lo que este procedimiento se habría convertido en un juicio de constitucionalidad en abstracto, desligado del proceso a quo, «lo que, cabalmente, no puede constituir nunca el objeto de un procedimiento

constitucional de este tipo» (SSTC 147/2012, de 5 de julio, FJ 3; 6/2010, de 14 de abril, FJ 2, y ATC 57/2014, de 25 de febrero, FJ 4).

En el caso ahora enjuiciado se hacía necesario que en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se hubiera incluido un pronunciamiento del órgano judicial que, aunque provisional, resultara fundado en orden a garantizar que, una vez valorados otros parámetros legales, la resolución del proceso dependía realmente de la constitucionalidad de la norma cuestionada. Esta exigencia, sin embargo, no se ha cumplido por el órgano judicial que promueve la cuestión. El auto de planteamiento recoge el contenido de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019, en la que se afirma que un trabajador vinculado mediante un contrato de interinidad por sustitución no tiene derecho a ningún tipo de indemnización, siendo irrelevante el tiempo que se haya prolongado la relación laboral. Sin embargo, esta sentencia es meramente reproducida en parte en el auto, sin pronunciarse el órgano judicial sobre si la considera aplicable al caso, pues tras reproducirla, sin ningún tipo de explicación al respecto, se limita a trascribir otra sentencia de la misma Sala de 7 de mayo de 2019, sobre la indemnización de doce días de salario por año de servicio a percibir en el contrato de relevo. Cabe pensar, en un principio, que con la cita de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que deniega cualquier tipo de indemnización, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid está asumiendo que no estamos ante un despido, sino ante una extinción del contrato de trabajo y que la duda que se le plantea es si en este caso, al no estar prevista indemnización como en otros contratos temporales [art. 49.1 c) LET], puede haber una vulneración del derecho a la igualdad. Sin embargo, como señala la fiscal general del Estado, hay que tener en cuenta, por un lado, que el Tribunal Constitucional rechaza las justificaciones implícitas (ATC 111/2018, de 16 de octubre, FJ 3) y, por otro, que la parte dispositiva del fallo del auto despeja cualquier duda, al reconocer, como hemos reproducido en los antecedentes, que el art. 49.1 c) LET sería aplicable en el supuesto de que se aprecie que el cese no constituye un despido improcedente.

En definitiva, la decisión del asunto no depende de la validez de la norma cuestionada, pues si finalmente, se apreciara en sentencia, que estamos ante un despido improcedente, la constitucionalidad de la norma sería irrelevante para el caso.

El incumplimiento del indicado requisito debe determinar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, pues esta «no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita» (por todas, SSTC 115/2009, de 18 de mayo, FJ 2, u 87/2012, de 18 de abril, FJ 2).

También interesa la fiscal general del Estado la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por ser notoriamente infundada. De acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, el concepto de cuestión notoriamente infundada encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce en otorgar al Tribunal Constitucional un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad. Existen supuestos en los que un examen preliminar permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad trasladada por el órgano judicial, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en esta primera fase procesal (por todos, AATC 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3; 71/2008, de 26 de febrero, FJ 2; 32/2009, de 27 de enero, FJ 3; 37/2015, de 17 de febrero, FJ 2; 145/2016, de 19 de julio, FJ 3; 176/2016, de 18 de octubre, FJ 2, y 4/2018, de 23 de enero, FJ 3). En el presente caso cabe ya anticipar que la cuestión de inconstitucionalidad planteada es notoriamente infundada en el sentido indicado, por las razones que se exponen a continuación. 3.

La reforma laboral del año 2001, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, del mismo nombre, añadió un párrafo c) al art. 49.1 del Estatuto de los trabajadores, a cuyo tenor algunos contratos temporales generan un derecho indemnizatorio al producirse su extinción.

Esta medida pretendía desincentivar la utilización de la contratación temporal en lugar de la indefinida, generando un coste adicional. Si se tiende a recurrir a la contratación temporal con la finalidad de excluir toda discusión posterior sobre la concurrencia de los motivos que el ordenamiento acoge para extinguir el contrato, por el coste económico que conlleva proceder al despido de un trabajador, al preverse el deber de pagar una indemnización a la finalización de un contrato temporal, se hace menos atractivo este tipo de contratación.

La indemnización no se prevé, sin embargo, para todas las modalidades de contratos temporales. En efecto, el art. 49.1 c) LET, en la redacción vigente en el momento de plantearse la presente cuestión de inconstitucionalidad, excluye expresamente del derecho a la indemnización a los contratos de interinidad y a los contratos formativos.

Esta diferencia de trato, respecto de los contratos de interinidad, es lo que, a juicio del órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, puede provocar una vulneración del art. 14 CE.

Como señala la fiscal general del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad planteada resulta notoriamente infundada, porque aun existiendo fundamentación y sin

apreciar que esta sea arbitraria, los términos de comparación no son iguales pues, mientras en el contrato de interinidad por sustitución en el mismo puesto de trabajo confluyen dos trabajadores, el que está siendo sustituido, que tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo, y el trabajador temporal sustituto, esto no sucede con el resto de supuestos de trabajadores temporales, en los que el puesto de trabajo solo lo ocupa el trabajador temporal y por esta razón se fija una indemnización, aun en el caso de cese procedente.

Cuando el trabajador interino cesa, el puesto de trabajo no desaparece porque pasa a ser ocupado por el trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo, que se reincorpora de nuevo a sus funciones, o por el trabajador que ha sido seleccionado para su cobertura definitiva. Por el contrario, en el resto de modalidades de contratación temporal, cuando se extingue el contrato el puesto de trabajo desaparece. Por eso, en estos casos, tiene sentido fijar una indemnización a la fecha de extinción del contrato. Con esta indemnización se trata de estimular a la empresa para que trate de prorrogar el contrato temporal, si fuera posible, o lo convierta en indefinido. Sin embargo, este estímulo no tiene sentido en un contrato de interinidad en el que el puesto de trabajo y, por tanto, el empleo permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida que se reincorpora de nuevo a la empresa, o por quien haya sido seleccionada para su cobertura definitiva. Se está garantizando, de este modo, en un contrato de interinidad el derecho al trabajo de la persona sustituida. Como declara la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el contrato de interinidad es un contrato que tiene su base precisamente en la conservación del empleo del concreto trabajador sustituido con la reserva del puesto de trabajo, lo que no sucede con otros trabajadores temporales.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. Pleno. Auto 84/2022, de 11 de mayo de 2022[4]

Cuestión de inconstitucionalidad 910-2022.

Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 910-2022, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid en relación con la disposición adicional cuarta.3 de la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.

[4] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-9605

Publicado en el BOE del día 10-6-2022

II. Fundamentos jurídicos.

Objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. 1.

El Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid plantea una cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional cuarta.3 de la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.

El precepto cuestionado dispone que «[l]os controladores civiles de tránsito aéreo deberán jubilarse de manera forzosa a los sesenta y cinco años de edad». El órgano judicial considera que esta norma podría vulnerar el derecho a la igualdad del art. 14 CE, en relación con el derecho al trabajo y a la pensión de los arts. 35.1 y 50 CE, respectivamente.

Con arreglo al art. 37.1 LOTC, la Fiscal General del Estado, se opone a la admisión a trámite de la cuestión, por considerarla notoriamente infundada.

Inadmisión por resultar notoriamente infundada. 2.

Este tribunal ha reiterado que el concepto de cuestión «notoriamente infundada» del art. 37.1 LOTC «encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en otorgar a este tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, existiendo supuestos en los que un examen preliminar permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad trasladada por el órgano judicial» (por todos, ATC 109/2017, de 18 de julio, FJ 2).

Pues bien, como se razonará a continuación, en el presente caso la cuestión de inconstitucionalidad planteada resulta notoriamente infundada por lo que, como solicita la fiscal general del Estado, debe inadmitirse a trámite.

La duda gira en torno a si la determinación por ley de una edad obligatoria de jubilación para los controladores civiles de tránsito aéreo, incluso aunque no hayan completado los años de cotización para acceder a la pensión máxima de jubilación, vulnera el art. 14, en conexión con los arts. 35.1 y 50 CE. a)

Para su análisis debemos partir de la reiterada doctrina constitucional según la cual: (i) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y carece de una justificación objetiva y razonable; (ii) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento

racional; (iii) por tanto, el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y (iv) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que se persigue con ella, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos [entre otras muchas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3; 76/1990, de 26 de abril, FJ 9 a); 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5, y 167/2016, de 6 de octubre, FJ 6].

Respecto de la diferenciación por edad, ya la STC 149/2004, de 20 de septiembre, FJ 5, admitió la relevancia de la edad como criterio sobre el que articular diferencias de trato normativo en materia de Seguridad Social. En concreto, sobre la fijación de una edad máxima de jubilación, la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que la consagración constitucional del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) determina que el recurso a la edad de jubilación como causa extintiva de la relación laboral opere como una fórmula racional conforme a la cual, en la medida de lo posible y siempre que las circunstancias socioeconómicas lo permitan, sea ejercitada como una opción voluntaria del trabajador y no como una imposición del legislador [STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 10 a)].

Sin embargo, se ha admitido también una política de empleo basada en la jubilación forzosa y, por tanto, la posibilidad de que el legislador fije una edad máxima como causa de extinción de la relación laboral porque, aunque suponga una limitación al ejercicio del derecho al trabajo de unos trabajadores, sirve para garantizar el derecho al trabajo de otros, o, lo que es lo mismo, sirve al reparto o redistribución del trabajo (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). Así, las SSTC 280/2006, de 9 de octubre, FJ 6, y 341/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, descartaron la existencia de discriminación constitucionalmente ilegítima en el establecimiento convencional de una edad de jubilación obligatoria.

De acuerdo con lo anterior, el establecimiento por ley de una específica edad que comporte la jubilación forzosa en un determinado sector de actividad debe estar amparada por una justificación objetiva y razonable ligada a intereses dignos de protección. La medida aquí cuestionada responde a las concretas circunstancias en las que se desarrolla el trabajo de los controladores de tránsito aéreo y su repercusión sobre la seguridad del tráfico aéreo. El alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas que controlan justifican una medida

legislativa que tiene como finalidad evitar las consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia de los factores descritos sobre el interés general. Así lo entiende la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2010 que, en su apartado 1, establece un régimen según el cual los controladores de tránsito aéreo deberán someterse de manera continuada a controles psicofísicos de acuerdo con la normativa aplicable, que permitan constatar el mantenimiento de su capacidad para realizar funciones operativas de control de tránsito aéreo. Como apunta la fiscal general del Estado, la preocupación por la seguridad del tráfico aéreo también puede extraerse de la regulación contenida en el título IV de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de seguridad aérea, denominado «[d]e las obligaciones por razones de seguridad». b)

En este sentido, la STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 5, ya constató que «algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esta base establecerse la extinción de la relación laboral». En este sentido, la exigencia de que los controladores de tránsito aéreo superen unos exámenes psicofísicos antes de los sesenta y cinco años es compatible con la fijación de esta edad como límite a partir del cual se impone su jubilación obligatoria.

La edad de jubilación forzosa de los controladores de tránsito aéreo tampoco puede analizarse aisladamente, sino considerando el conjunto de las condiciones laborales de este colectivo. Así, se integra junto con otras especificidades recogidas en la Ley 9/2010 y en el convenio colectivo aplicable, tales como: (i) una retribución considerablemente por encima del salario medio; (ii) una jornada anual notablemente inferior a la general; (iii) mayor número de días de descanso; (iv) pausas de duración incrementada durante la jornada (distinguiendo servicios diurnos y nocturnos); (v) más días de vacaciones que la media de trabajadores; (v) limitación del número de horas extraordinarias que pueden realizar; y (v c)i) licencia especial retribuida a partir de cierta edad, según los años que se hubieran estado trabajando en régimen de turnicidad. En suma, no solo la edad de jubilación, sino que las demás condiciones laborales también se apartan de las del resto de trabajadores, por la singularidad de esta profesión y su trascendencia para la seguridad aérea.

Por consiguiente, existe una finalidad objetiva y razonable que justifica la imposición por ley de una edad de jubilación forzosa a los controladores de tránsito aéreo, que no resulta desproporcionada, por lo que debe excluirse la vulneración del art. 14, en relación con los arts. 35.1 y 50 CE.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

4. Pleno. Sentencia 67/2022, de 2 de junio de 2022[5]

Recurso de amparo 6375-2019. Promovido por Serge Christian M. Scevenels respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmaron la sentencia de un juzgado de lo social de Madrid desestimando su demanda sobre tutela de derechos fundamentales y petición de daños y perjuicios.

Supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual y del derecho a la propia imagen: ausencia de indicio discriminatorio en la decisión empresarial de cesar la relación laboral en período de prueba; inexistencia de límites a la expresión de género de los trabajadores de la empresa.

PUBLICADA EN EL BOE DEL DIA 4-7-2022.

PONENTE: la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

6. La proyección al caso de la doctrina expuesta.

A) Sobre la inversión de la carga de la prueba.

El supuesto de hecho sometido a examen en el presente recurso de amparo, tal y como se ha ido definiendo progresivamente, debe analizarse a la luz de la interdicción de discriminación en el ámbito laboral por razón de identidad género (ex art. 14 CE), que supone la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria, en tanto exista una prueba indiciaria que sostenga la denuncia.

La identificación en una persona de una cualidad contenida en el art. 14 CE, en este caso la identidad de género, permite evaluar un determinado comportamiento o actuación hacia esa persona desde la perspectiva de la igualdad, en su vertiente de la interdicción de discriminación, como elemento de partida de la reflexión posterior. A partir de ahí, la aplicación del principio de interdicción de discriminación a determinados ámbitos, como las relaciones entre particulares, siendo las relaciones laborales una modalidad paradigmática de esas relaciones con impacto en el ejercicio de derechos fundamentales, activa el principio de inversión de la carga de la prueba, siempre y cuando existan indicios de que la característica o condición concurrente en la persona y que ella alega como motivo sospechoso de haber provocado la discriminación, ha sido el detonante causal. La STJUE en el asunto *Galina Meister*, de 19 de abril de 2012, citada en defensa de la tesis de la inversión de la carga de la prueba por la mera alegación de la pertenencia a un colectivo discriminado, no permite sostener este argumento. El

[5] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11083

Tribunal de Justicia, responde en aquel caso a la cuestión de los derechos que asisten a los recurrentes que alegan la existencia de discriminación, en el momento de construir el acervo probatorio indiciario. La recurrente en la instancia nacional, que optaba a un determinado puesto para el que no había sido seleccionada, solicita información relativa a los criterios de selección aplicados al sospechar que existía trato discriminatorio por sexo y origen nacional. Y esa información le es denegada, de modo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no rechaza sino que confirma la necesidad de presentar prueba indiciaria, afirma que «en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta, es preciso garantizar que una denegación de información por la parte demandada no pueda frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54» (§ 40).

Esta justificación de indicios es necesaria también cuando se está ante un cese en periodo de prueba, sin perjuicio de que en esta situación el margen de actuación del empleador sea más amplio. Abordan este tipo de cese contractual las SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre, y 17/2007, de 12 de febrero, y, en todas ellas, reconociéndose el mayor ámbito de autonomía del empleador, se aplica también el régimen de inversión de la carga de la prueba, cuando se ha probado indiciariamente que la extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales. En estos supuestos, la STC 17/2007 recuerda que «incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Solo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (por todas, reproduciendo esa doctrina, SSTC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 4)» (FJ 3).

La existencia de un indicio de prueba y su alegación es esencial para activar la inversión de las obligaciones probatorias. Y, en este caso, ese indicio existía desde el momento en que se había producido un conflicto en el seno de las relaciones laborales entre la persona recurrente en amparo y una de sus responsables directas, que ninguna de las dos partes negó, y que habría estado relacionado con la apariencia en el modo de vestir de la persona empleada. En la medida en que esa apariencia no solo es

manifestación del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), sino que en este caso concreto se puede considerar una forma de expresión de género, vinculada al libre desarrollo de la personalidad en relación con la identidad de género de la persona recurrente en amparo, la alegación de ese altercado, por más que hubiera sido puntual, se podría haber considerado prueba indiciaria bastante para invertir la carga probatoria. Así se reconoció en la sentencia de suplicación y también se reconoció la inversión de la carga de la prueba.

Desde la perspectiva de la garantía procedimental, asociada a la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba, nada cabe reprochar a la sentencia de 24 de julio de 2018 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia núm. 568/2018), que no solo apreció la aplicación de la inversión de la carga de la prueba, sino que hizo una interpretación flexible de dicho requisito, a favor del derecho del recurrente, corrigiendo el error de aplicación de la instancia, puesto que la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, de 10 de octubre de 2017, había entendido inexistente la prueba indiciaria de la discriminación. Por tanto, la sentencia de suplicación aplicó adecuadamente el art. 14 CE, entendiendo comprendida en este precepto la condición de identidad de género alegada por la persona recurrente, y activando la redistribución de la carga probatoria.

B) Sobre la prueba en contrario de la empleadora.A partir de aquí, nuestro enjuiciamiento no puede limitarse a comprobar si el órgano judicial efectuó una interpretación del derecho en juego que no fue irrazonable, ni arbitraria, ni manifiestamente errónea, ya que aquí el canon de enjuiciamiento no es el del art. 24 CE sino el del derecho fundamental sustantivo cuestionado, es decir, el derecho fundamental a la no discriminación por razón de identidad de género (mutatis mutandis, para los supuestos de alegación de discriminación por razón de sexo véanse las SSTC 175/2005, de 4 de julio, FJ 5, y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 5).

En ese sentido, el cese de la persona recurrente no puede calificarse de nulo por discriminatorio dado que, habiendo aportado indicios racionales de discriminación por motivo de identidad de género, la empresa demandada los ha rebatido adecuadamente, y el acervo probatorio del que se han servido los juzgadores de instancia, y que este tribunal no debe revisar para modificarlos, a riesgo de exceder los márgenes de actuación determinados por el art. 44.1 b) LOTC (véase el fundamento jurídico 2 de la STC 17/2003, de 30 de enero, y la síntesis jurisprudencial allí formulada), pone de manifiesto que la causa del despido no fue la identidad de género de la persona recurrente en amparo, ni la expresión externa de esa identidad de género.

Si bien el Tribunal Constitucional «no realiza un examen de los actos empresariales potencialmente lesivos desde una perspectiva de legalidad que no le es propia, sino en

atención a la cobertura que los derechos fundamentales invocados ofrecen; haciéndolo, por lo demás, sin alterar los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC, lo que no impide, según establecimos en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio, o 17/2003, de 30 de enero, que podamos alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia» (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 4), en este caso no alcanzamos una interpretación distinta de la formulada por la sentencia de instancia.

Se ha declarado por las sentencias de instancia, constatándose como hechos probados, que a lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, Serge C. M. Scevenels acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda, sin que ello hubiera supuesto ningún conflicto con sus compañeros o superiores salvo en una ocasión, en la que se controvierte que el problema fuera el hecho de portar una falda, o que esta en concreto fuera inapropiada por su tamaño, no habiéndose aclarado, en realidad, si se trataba de una falda o de un pantalón muy corto.

También ha quedado probado que existió una conversación entre Serge C. M. Scevenels, el director general de la empresa y la directora de recursos humanos en relación con la corrección en las relaciones con los clientes y la apariencia en el modo de vestir, pero tampoco se ha concluido que esa conversación versara sobre la expresión de género de quien recurre en amparo, a pesar de sus alegaciones.

Frente a los argumentos de la parte demandante, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, recoge en su sentencia que «no se ha puesto de manifiesto de ningún modo la existencia, en el seno de la empresa, de un escenario o panorama general discriminatorio por razones de género, ni de identidad sexual, ni otras análogas», y ello en la medida en que no se ha constatado la existencia de prohibiciones expresas en relación con la indumentaria, ni la adopción de un código de vestimenta a resultas del conflicto surgido con la parte demandante, o con carácter previo. Y, tras las pruebas testificales de Magdalena Mathilda Jennes, directora de recursos humanos al momento del cese, y de Nicola Mann, directora de recursos humanos en fase de contratación y durante buena parte de la duración del contrato de Serge C. M. Scevenels, se declara probado igualmente que se ha admitido la existencia de otras causas que podrían haber justificado el cese del contrato en periodo de prueba: de un lado se evocan razones de reorganización interna que, según la instancia, no son incompatibles con las razones, que también se evocan, de falta de satisfacción de la contratante con la prestación de actividad laboral de Serge C. M. Scevenels.

Por tanto, puede concluirse que la estructura del acto denunciado como discriminatorio no pone de manifiesto el ánimo de discriminar o lesionar los derechos de

la persona recurrente, sino exclusivamente la voluntad clara de no continuar con la relación laboral. Tampoco parece existir una correlación temporal clara entre el indicio de conflicto -o el ejercicio del derecho fundamental por la parte recurrente- y la actuación empresarial (en este sentido, pero en relación con la prueba de indicios, STC 29/2000, de 31 de enero). Las declaraciones de las representantes de la empresa insisten, por otro lado, en que la circunstancia personal de quien recurre, respecto de su identidad de género, no supuso un problema para su contratación o para su mantenimiento en el puesto de trabajo, porque no era una cuestión relevante, existiendo, en cambio una justificación empresarial, si bien somera, sobre la decisión de cesar el contrato en período de prueba, que no puede ser tachada de irracional o desproporcionada.

Estas mismas conclusiones de las resoluciones de instancia, sirven también para descartar la vulneración del derecho a la propia imagen de la persona recurrente en amparo (art. 18.1 CE) en su vertiente del derecho a la expresión de género a través de su indumentaria y en el marco de proyección del art. 14 CE, que exige formular el análisis de la denunciada vulneración en términos relacionales. No ha quedado probado, más bien al contrario, que existiera un conflicto o prohibición expresa de portar falda, o de portar pantalón, indistintamente, con lo que no parece que la empresa hubiera establecido límites a la expresión de género de Serge C. M. Scevenels ni de ningún otro empleado o empleada, por lo que no cabe entender concurrente un trato discriminatorio de la empresa respecto de la expresión externa de su derecho a la propia imagen por parte de quien recurre en amparo, y en relación con los demás trabajadores. Sin negar que existió un conflicto puntual en relación con una determinada prenda, en un momento concreto, y sin referencias expresas a la consideración exacta del género que refiere la prenda, no es posible derivar de ese conflicto, con el acervo probatorio a nuestro alcance, que existiera una limitación constitucionalmente inadmisible del derecho a la propia imagen de quien recurre en amparo, que supusiera un trato discriminatorio respecto de otras personas trabajadoras de la empresa.

Debemos rechazar, por tanto, que hayan concurrido en este caso la lesión tanto del art. 14 CE, en su vertiente de la interdicción de discriminación de las personas por razón de su identidad de género, como del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, en su vertiente del derecho a la expresión de género en condiciones de igualdad y sin posibilidad de sufrir discriminación por las causas contenidas en el art. 14 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el presente recurso de amparo interpuesto por Serge Christian M. Scevenels.

5. Sala Segunda. Sentencia 72/2022, de 13 de junio de 2022[6]

Recurso de amparo 4968-2020. Promovido por doña María José Romero Suárez en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y un juzgado de lo social de Sevilla en proceso por despido.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción): STC 140/2021 (resoluciones judiciales que impiden la fiscalización en procesos individuales de las causas justificativas del despido colectivo).

PUBLICADA EN EL BOE DEL DIA 18-7-2022

PONENTE: Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido otorgar el amparo a doña María José Romero Suárez y, en consecuencia:

Reconocer el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. 1.º

Restablecer su derecho y, a tal fin, anular la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla núm. 280/2015, de 17 de julio, pronunciada en el procedimiento por despido núm. 522-2014; la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) núm. 89/2018, de 11 de enero, pronunciada en el recurso de suplicación núm. 223-2017; y los autos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2019 y de 12 de febrero de 2020, pronunciados en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2898-2018, en el exclusivo extremo relativo a la limitación que el art. 124.13 LJS imponía a un pronunciamiento sobre el fondo de la concurrencia de la causa económica alegada justificativa del despido colectivo que había dado lugar a la extinción de la relación laboral de la demandante de amparo. 2.º

Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento de pronunciarse la primera de las resoluciones judiciales anuladas para que se pronuncie otra respetuosa con el derecho fundamental reconocido respecto del extremo anulado. 3.º

[6] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11952

II. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

A. Sentencias

1. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 17 de marzo de 2022*[7]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg — Alemania) — NP / Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin (Procedimiento prejudicial —

Política social — Directiva 2008/104/CE — Trabajo a través de empresas de trabajo temporal — Artículo 1, apartado 1 — Puesta a disposición «de manera temporal» — Concepto — Ocupación de un puesto que tenga carácter permanente — Artículo 5, apartado 5 — Cesiones sucesivas — Artículo 10 — Sanciones — Artículo 11 — Excepciones establecidas por los interlocutores sociales al período máximo previsto por el legislador nacional)

Asunto C-232/20).

Publicada en el DOUE del día 10 de mayo de 2022

Fallo

1) El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «de manera temporal», recogida en dicha disposición, no se opone a la cesión de un trabajador que tenga un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria para cubrir un puesto que tenga carácter permanente y que no sea ocupado para realizar una sustitución.

2) Los artículos 1, apartado 1, y 5, apartado 5, de la Directiva 2008/104 deben interpretarse en el sentido de que constituye un uso abusivo de la posibilidad de llevar a cabo cesiones sucesivas de un trabajador de una empresa de trabajo temporal la renovación de tales cesiones para un mismo puesto en una empresa usuaria durante 55 meses, en el supuesto de que las sucesivas misiones del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria den lugar a un período de actividad en esta empresa más largo que el que cabe calificar razonablemente de «temporal», a la vista de todas las circunstancias pertinentes, que incluyen, entre otras, las particularidades del sector, y en el contexto del marco normativo nacional, sin que se facilite ninguna explicación objetiva sobre el hecho de que la empresa usuaria de que se

[7] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.191.01.0003.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A191%3ATOC#ntr1-C_2022191ES.01000301-E0001

trate recurra a una serie de contratos de trabajo sucesivos a través de una empresa de trabajo temporal, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

3) La Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que fija un período máximo de puesta a disposición del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria cuando dicha normativa excluya, mediante una disposición transitoria, a efectos del cálculo de ese período, el cómputo de los períodos anteriores a la entrada en vigor de esa normativa, privando al órgano jurisdiccional nacional de la posibilidad de tener en cuenta la duración real de la puesta a disposición de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a efectos de determinar si dicha puesta a disposición tuvo carácter «temporal», en el sentido de la citada Directiva, extremo que corresponde determinar a dicho órgano jurisdiccional. Un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio exclusivamente entre particulares no está obligado, basándose únicamente en el Derecho de la Unión, a abstenerse de aplicar tal disposición transitoria contraria al Derecho de la Unión.

4) El artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que, a falta de una disposición de Derecho nacional que sancione el incumplimiento de esa Directiva por las empresas de trabajo temporal o por las empresas usuarias, el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal no puede deducir del Derecho de la Unión un derecho subjetivo al establecimiento de una relación laboral con la empresa usuaria.

5) La Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite a los interlocutores sociales establecer excepciones, al nivel del sector de las empresas usuarias, al período máximo de puesta a disposición de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal fijado por dicha normativa.

2. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de mayo de 2022*[8]

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2008/94/CE — Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario — Artículo 2, apartado 2 —

Concepto de “trabajador asalariado” — Artículo 12, letras a) y c) — Límites a la responsabilidad de las instituciones de garantía — Persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo celebrado con una sociedad mercantil, las funciones de miembro del consejo de administración y de director de dicha sociedad — Acumulación de funciones

[8] https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258875&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5575508#Footnote*

— Jurisprudencia nacional que deniega a esa persona el disfrute de las garantías previstas por la citada Directiva»

Asunto C-101/21.

Sentencia

El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

Los artículos 2, apartado 2, y 12, letras a) y c), de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual una persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho nacional, de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado, en el sentido de dicha Directiva, y, por lo tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa Directiva.

3. *Sentencia del tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de mayo de 2022*[9]

Procedimiento prejudicial — Política social — Artículo 157 TFUE — Protocolo (núm. 33) — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación — Directiva 2006/54/CE — Artículos 5, letra c), y 12 — Prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo —

Régimen profesional de seguridad social aplicable con posterioridad a la fecha establecida por los citados Protocolo y artículo 12 — Pensiones de jubilación de los funcionarios — Normativa nacional que establece la actualización anual de las pensiones de jubilación — Actualización progresivamente decreciente en función de la magnitud del importe de la pensión de jubilación con falta total de actualización por encima de un determinado importe — Justificaciones»

Asunto C-405/20

Sentencia

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El Protocolo (núm. 33) sobre el artículo 157 TFUE, anexo al TFUE, y el artículo 12 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades

9 https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258869&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5575508#Footnote*

e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que la limitación en el tiempo de los efectos del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres establecida por dichas disposiciones no se aplica a una normativa nacional que prevé una actualización anual de las pensiones de jubilación abonadas en virtud de un régimen profesional de seguridad social aplicable con posterioridad a la fecha señalada en las citadas disposiciones.

2) El artículo 157 TFUE y el artículo 5, letra c), de la Directiva 2006/54 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece una actualización anual progresivamente decreciente del importe de las pensiones de jubilación de los funcionarios nacionales en función de la magnitud de ese importe, con una falta total de actualización por encima de un determinado importe de pensión, en el supuesto de que dicha normativa afecte negativamente a una proporción significativamente mayor de beneficiarios que de beneficiarias, siempre que la citada normativa persiga, de manera coherente y sistemática, los objetivos de garantizar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación y reducir la brecha entre los niveles de pensiones financiados por el Estado, sin ir más allá de lo necesario para alcanzar esos objetivos.

4. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de mayo de 2022*[10]

Procedimiento prejudicial — Política social — Trabajo a tiempo parcial — Directiva 97/81/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo a tiempo parcial — Cláusula 4, apartado 1 —

Principio de no discriminación — Personal académico a tiempo parcial — Nombramiento definitivo automático reservado a los miembros del personal académico que ejercen la docencia a tiempo completo — Cálculo del porcentaje de carga de trabajo a tiempo completo al que equivale una carga de trabajo a tiempo parcial — Inexistencia de requisitos»

Asunto C-265/20.

Sentencia

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 y que figura en el anexo de la Directiva

10 https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258868&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5575508#Footnote*

97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una práctica nacionales en virtud de las cuales un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo completo será nombrado automáticamente con carácter definitivo, sin otra razón objetiva que el hecho de ejercer la docencia a tiempo completo, mientras que un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo parcial será nombrado con carácter definitivo o contratado con carácter temporal.

2) El Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 y que figura en el anexo de la Directiva 97/81, en su versión modificada por la Directiva 98/23, debe interpretarse en el sentido de que no impone al empresario que contrata a un trabajador a tiempo parcial ningún requisito en cuanto al modo de cálculo del porcentaje que representa esa carga a tiempo parcial en relación con una carga a tiempo completo comparable.

5. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de mayo de 2022*[11]

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2008/104/CE — Trabajo a través de empresas de trabajo temporal — Artículo 5, apartado 1 —

Principio de igualdad de trato — Artículo 3, apartado 1, letra f) — Concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal” — Compensación debida en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente en caso de extinción de la relación laboral»

Asunto C-426/20.

Publicada en el DOUE del día

Sentencia

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

El artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de

11 https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=8F96D493B4FFD89419AFDE642BD8AB02?text=&docid=259142&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6175170#Footnote*

la cual la compensación a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, en caso de extinción de su relación laboral con una empresa usuaria, en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente, es inferior a la compensación a la que esos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo concepto, si hubiesen sido contratados directamente por esa empresa usuaria para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo.

6. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) 19 mayo 2022*[12]

Procedimiento prejudicial - Trabajadores migrantes - Seguridad social - Legislación aplicable - Reglamento (CEE) núm. 1408/71 - Artículo 14, punto 2, letras a), i) y ii) - Reglamento (CE) núm. 883/2004 - Artículo 11, apartado 5 - Artículo 13, apartado 1, letras a) y b) -

Concepto de “base de operaciones” - Tripulación de vuelo - Trabajadores que ejercen su actividad subordinada en el territorio de dos o más Estados miembros - Criterios conexión

Asunto C-33/21

Publicada en el DOUE del día

Fallo

Por estas razones, el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

El artículo 14, punto 2 (a), i) del Reglamento (CEE) no. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, sobre la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por la (CE) núm, 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) núm. 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, artículo 13, apartado 1, letra a), y artículo 87, apartado 8, del reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, modificado por el Reglamento (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, y posteriormente por el reglamento (UE) núm. 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, así como el artículo 11, apartado 5, del reglamento núm. 883/2004, modificado por el reglamento núm. 465/2012, debe interpretarse en el sentido de que la legislación

12 https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=4E0DF30F6D5FE3DBB183F5251D7125AC?text=&docid=259607&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1271198#Footnote*

de seguridad social aplicable a la tripulación de vuelo de una compañía aérea, establecida en un Estado miembro, que no esté cubierta por certificados E101 y que trabaje durante un período de 45 minutos al día en un local destinados a acomodar a la tripulación, llamados «sala de tripulación “, que esa compañía aérea tenga en el territorio de otro Estado miembro en el que resida esa tripulación de vuelo, y que, durante el resto de su tiempo de trabajo, se encuentren a bordo de las aeronaves de esa compañía aérea, es la legislación de este último Estado miembro.

7. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de abril de 2022*

Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden — Países Bajos) — Federatie Nederlandse Vakbeweging / Heiploeg Seafood International BV, Heitrans International BV [Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Artículos 3 a 5 —

Transmisiones de empresas — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores — Excepciones — Procedimiento de insolvencia — «Pre-pack» — Supervivencia de una empresa — Transmisión de (una parte de) la empresa con posterioridad a una declaración de quiebra precedida de un pre-pack]

Asunto C-237/20[13]

Publicada en el DOUE del día 20 de junio de 2022

Fallo

1) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo «abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente», se cumple cuando la transmisión de una empresa o de una parte de esta se prepara, antes de la apertura de un procedimiento de quiebra que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente y durante el cual se realiza dicha transmisión, en el marco de un procedimiento de pre-pack cuyo objetivo principal consiste en posibilitar que en el procedimiento de quiebra se proceda a una liquidación de la empresa en funcionamiento que satisfaga al máximo los intereses del conjunto de los acreedores y que permita conservar en la medida de lo

13 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.237.01.0005.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A237%3ATOC#ntr1-C_2022237ES.01000501-E0001

posible los puestos de trabajo, siempre que dicho procedimiento de pre-pack se rija por disposiciones legales o reglamentarias.

2) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o de un centro de actividad cuando el procedimiento de quiebra o de insolvencia análogo de que es objeto el cedente «est[é] bajo la supervisión de una autoridad pública competente», se cumple cuando la transmisión de la empresa o de una parte de esta se prepara, en el marco de un procedimiento de pre-pack previo a la declaración de quiebra, por un «síndico predesignado», bajo el control de un «juez de la quiebra predesignado», y el contrato sobre esa transmisión se celebra y ejecuta una vez que se haya declarado la quiebra, que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente, siempre que dicho procedimiento de pre-pack se rija por disposiciones legales o reglamentarias.

8. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 28 de abril de 2022*

Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León) — Gerencia Regional de Salud de Castilla y León / Delia [Procedimiento prejudicial —

Libre circulación de los trabajadores — Artículo 45 TFUE — Reglamento (UE) núm. 492/2011 — Artículo 7, apartado 2 — Igualdad de trato — Sistema nacional de reconocimiento de la carrera profesional de los profesionales sanitarios — No consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro Estado miembro — Obstáculo]

Asunto C-86/21[14]

Publicada en el DOUE del día 20 de junio de 2022

Fallo

El artículo 45 TFUE y el artículo 7 del Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional relativa al reconocimiento de la carrera profesional en el servicio de salud de un Estado miembro que impide tomar en consideración, en concepto de antigüedad del trabajador, la experiencia profesional adquirida por este en un servicio público de salud de otro Estado miembro, a menos que la restricción a la libre

[14] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.237.01.0015.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A237%3ATOC#ntr1-C_2022237ES.01001501-E0001

circulación de los trabajadores que implica dicha normativa responda a un objetivo de interés general, permita garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.

9. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de mayo de 2022*[15]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Antwerpen — Bélgica) — FN / Universiteit Antwerpen y otros (Asunto C-265/20) (1)

Política social — Trabajo a tiempo parcial — Directiva 97/81/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo a tiempo parcial — Cláusula 4, apartado 1 — Principio de no discriminación — Personal académico a tiempo parcial — Nombramiento definitivo automático reservado a los miembros del personal académico que ejercen la docencia a tiempo completo — Cálculo del porcentaje de carga de trabajo a tiempo completo al que equivale una carga de trabajo a tiempo parcial — Inexistencia de requisitos) (2022/C 244/06)

Asunto C-265/20

Publicada en el DOUE del 27 de junio de 2022

Fallo

1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 y que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una práctica nacionales en virtud de las cuales un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo completo será nombrado automáticamente con carácter definitivo, sin otra razón objetiva que el hecho de ejercer la docencia a tiempo completo, mientras que un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo parcial será nombrado con carácter definitivo o contratado con carácter temporal.

2) El Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 y que figura en el anexo de la Directiva 97/81, en su versión modificada por la Directiva 98/23, debe interpretarse en el sentido de que no impone al empresario que contrata a un trabajador a tiempo parcial ningún requisito en cuanto al modo de cálculo del porcentaje que representa esa carga a tiempo parcial en relación con una carga a tiempo completo comparable. (1) DO C 313 de 21.9.2020.

15 https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258868&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10592308#Footnote*

10. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de mayo de 2022*[16]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof — Austria) — EB, JS, DP / Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau (BVAEB)

Política social — Artículo 157 TFUE — Protocolo (núm. 33) — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación — Directiva 2006/54/CE — Artículos 5, letra c), y 12 — Prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo — Régimen profesional de seguridad social aplicable con posterioridad a la fecha establecida por los citados Protocolo y artículo 12 — Pensiones de jubilación de los funcionarios — Normativa nacional que establece la actualización anual de las pensiones de jubilación — Actualización progresivamente decreciente en función de la magnitud del importe de la pensión de jubilación con falta total de actualización por encima de un determinado importe — Justificaciones (2022/C 244/07)

Asunto C-405/20

Publicada en el DOUE deldía 27 de junio de 2022

Fallo

1) El Protocolo (núm. 33) sobre el artículo 157 TFUE, anexo al TFUE, y el artículo 12 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que la limitación en el tiempo de los efectos del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres establecida por dichas disposiciones no se aplica a una normativa nacional que prevé una actualización anual de las pensiones de jubilación abonadas en virtud de un régimen profesional de seguridad social aplicable con posterioridad a la fecha señalada en las citadas disposiciones.

2) El artículo 157 TFUE y el artículo 5, letra c), de la Directiva 2006/54 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece una actualización anual progresivamente decreciente del importe de las pensiones de jubilación de los funcionarios nacionales en función de la magnitud de ese importe, con una falta total de actualización por encima de un determinado importe de pensión, en el supuesto de que dicha normativa afecte negativamente a una proporción significativamente mayor de beneficiarios que de beneficiarias, siempre que la citada normativa persiga, de manera coherente y sistemática, los objetivos de garantizar la

16 https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258869&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10592308#Footnote*

financiación sostenible de las pensiones de jubilación y reducir la brecha entre los niveles de pensiones financiados por el Estado, sin ir más allá de lo necesario para alcanzar esos objetivos. (1) DO C 378 de 9.11.2020.

11. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de mayo de 2022*[17]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca de Braga — Juízo do Trabalho de Barcelos — Portugal) — GD, ES / Luso Temp — Empresa de Trabalho Temporário SA (Procedimiento prejudicial —

Política social — Directiva 2008/104/CE — Trabajo a través de empresas de trabajo temporal — Artículo 5, apartado 1 — Principio de igualdad de trato — Artículo 3, apartado 1, letra f) — Concepto de «condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal» — Compensación debida en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente en caso de extinción de la relación laboral)

Asunto: C-426/20

Publicada en el DOUE del día 4 de julio de 2022

Fallo

El artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual la compensación a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, en caso de extinción de su relación laboral con una empresa usuaria, en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente, es inferior a la compensación a la que esos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo concepto, si hubiesen sido contratados directamente por esa empresa usuaria para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo.

17 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.257.01.0005.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A257%3ATOC#ntr1-C_2022257ES.01000501-E0001

12. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de mayo de 2022*[18]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud — República Checa) — HJ / Ministerstvo práce a sociálních věcí (Procedimiento prejudicial —

Política social — Directiva 2008/94/CE — Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario — Artículo 2, apartado 2 — Concepto de «trabajador asalariado» — Artículo 12, letras a) y c) — Límites a la responsabilidad de las instituciones de garantía — Persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo celebrado con una sociedad mercantil, las funciones de miembro del consejo de administración y de director de dicha sociedad — Acumulación de funciones — Jurisprudencia nacional que deniega a esa persona el disfrute de las garantías previstas por la citada Directiva).

Asunto: C-101/21

Publicada en el DOUE del día 4 de julio de 2022

Fallo

Los artículos 2, apartado 2, y 12, letras a) y c), de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual una persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho nacional, de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado, en el sentido de dicha Directiva, y, por lo tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa Directiva.

13. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 19 de mayo de 2022*[19]

Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione — Italia) — Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) / Ryanair DAC [Procedimiento prejudicial —

18 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.257.01.0010.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A257%3ATOC#ntr1-C_2022257ES.01001001-E0001

19 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.266.01.0007.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A266%3ATOC#ntr1-C_2022266ES.01000701-E0001

Trabajadores migrantes — Seguridad social — Legislación aplicable — Reglamento (CEE) núm. 1408/71 — Artículo 14, punto 2, letra a), incisos i) y ii) — Reglamento (CE) núm. 883/2004 — Artículo 11, apartado 5 — Artículo 13, apartado 1, letras a) y b) — Concepto de «base» — Personal de vuelo — Trabajadores que ejercen su actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros — Criterios de conexión]

Asunto: C-33/21

Publicada en el DOUE deldía 11 de julio de 2022

Fallo

El artículo 14, punto 2, letra a), inciso i), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) núm. 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, los artículos 13, apartado 1, letra a), y el 87, apartado 8, del Reglamento (CEE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, y posteriormente por el Reglamento (UE) núm. 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, y el artículo 11, apartado 5, del Reglamento núm. 883/2004, en su versión modificada por el Reglamento núm. 465/2012, deben interpretarse en el sentido de que la legislación de seguridad social aplicable al personal de vuelo de una compañía aérea, establecida en un Estado miembro, que no está cubierto por certificados E101 y que trabaja durante 45 minutos al día en un local destinado a acoger a la tripulación, denominado «crew room», del que dicha compañía aérea dispone en el territorio de otro Estado miembro en el que ese personal de vuelo reside, mientras que el resto de la jornada de trabajo se encuentra a bordo de las aeronaves de dicha compañía aérea es la legislación de este último Estado miembro.

14. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de junio de 2022*[20]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret — Dinamarca) — Ligebehandlingsnævnet, que actúa por cuenta de A / HK/Denmark, HK/Privat (Procedimiento prejudicial — Política social —

20 https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=260182&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10592308#Footnote*

Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Prohibición de discriminación por razón de la edad — Directiva 2000/78/CE — Artículo 3, apartado 1, letras a) y d) — Ámbito de aplicación — Cargo de presidente electo de una organización de trabajadores — Estatutos de dicha organización que disponen que únicamente podrán ser elegidos como presidente aquellos miembros que aún no hayan alcanzado, en la fecha de la elección, la edad de 60 o 61 años)

Asunto: C-587/20

Fallo

El artículo 3, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que un límite de edad establecido en los estatutos de una organización de trabajadores para poder optar al cargo de presidente de esa organización está incluido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

15. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de junio de 2022*[21]

Comisión Europea / República de Austria [Incumplimiento — Coordinación de los sistemas de seguridad social — Reglamento (CE) núm. 883/2004 — Artículos 4, 7 y 67 —

Libre circulación de los trabajadores — Reglamento (UE) núm. 492/2011 — Artículo 7 — Igualdad de trato — Prestaciones familiares — Ventajas sociales y fiscales — Ajuste de los importes en función de los niveles de precios en el Estado de residencia de los hijos]

Asunto: C-328/20)

Publicada en el DOUE del día 1 de agosto de 2022

Fallo:

1) Al establecer el mecanismo de ajuste a raíz de las modificaciones introducidas en el artículo 8a de la Bundesgesetz betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen (Ley Federal relativa a los Subsidios para la Compensación de Cargas Familiares), de 24 de octubre de 1967, en su versión modificada por la Bundesgesetz mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Entwicklungshelfergesetz geändert werden (Ley Federal por la que se modifican la Ley de Compensación de Cargas Familiares de 1967, la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1988 y la Ley sobre el Estatuto de los Cooperantes), de 4 de diciembre de 2018, y en el

[21] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.294.01.0005.02.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A294%3ATOC#ntr1-C_2022294ES.01000502-E0001

artículo 33 de la Bundesgesetz über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen (Ley Federal del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), de 7 de julio de 1988, en su versión modificada por la Jahressteuergesetz 2018 (Ley Fiscal Anual de 2018), de 14 de agosto de 2018, y por la Ley Federal por la que se modifican la Ley de Compensación de Cargas Familiares de 1967, la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1988 y la Ley sobre el Estatuto de los Cooperantes, de 4 de diciembre de 2018, aplicable a los subsidios familiares y a la deducción fiscal por hijo a cargo para los trabajadores cuyos hijos residan permanentemente en otro Estado miembro, la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 4 y 67 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, así como del artículo 7, apartado 2, del Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

2) Al establecer, para los trabajadores migrantes cuyos hijos residan permanentemente en otro Estado miembro, el mecanismo de ajuste a raíz de las modificaciones introducidas en el artículo 8a de la Bundesgesetz betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen (Ley Federal relativa a los Subsidios para la Compensación de Cargas Familiares), de 24 de octubre de 1967, en su versión modificada por la Bundesgesetz mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Entwicklungshelfergesetz geändert werden (Ley Federal por la que se modifican la Ley de Compensación de Cargas Familiares de 1967, la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1988 y la Ley sobre el Estatuto de los Cooperantes), de 4 de diciembre de 2018, y en el artículo 33 de la Bundesgesetz über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen (Ley Federal del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), de 7 de julio de 1988, en su versión modificada por la Jahressteuergesetz 2018 (Ley Fiscal Anual de 2018), de 14 de agosto de 2018, y por la Ley Federal por la que se modifican la Ley de Compensación de Cargas Familiares de 1967, la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1988 y la Ley sobre el Estatuto de los Cooperantes, de 4 de diciembre de 2018, aplicable a la bonificación familiar Plus, a la deducción fiscal por hogar con único perceptor de ingresos, a la deducción fiscal por hogar monoparental y a la deducción fiscal por manutención, la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, apartado 2, del Reglamento núm. 492/2011.

3) Condenar a la República de Austria a cargar, además de con sus propias costas, con las de la Comisión Europea.

4) La República Checa, el Reino de Dinamarca, la República de Croacia, la República de Polonia, Rumanía, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, así como el Reino de Noruega y el Órgano de Vigilancia de la AELC cargarán con sus propias costas.

16. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de julio de 2022*[22]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof — Austria) — CC / Pensionsversicherungsanstalt [Procedimiento prejudicial —

Seguridad social de los trabajadores migrantes — Reglamento (CE) núm. 987/2009 — Artículo 44, apartado 2 — Ámbito de aplicación — Pensión de vejez — Cálculo — Consideración de los períodos de educación de los hijos cubiertos en otros Estados miembros — Artículo 21 TFUE — Libre circulación de los ciudadanos]

Asunto: C-576/20

Publicada en el DOUE del día 22 de agosto de 2022

Fallo

El artículo 44, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la persona de que se trate no cumple el requisito del ejercicio de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia impuesto por dicha disposición para obtener, a efectos de la concesión de una pensión de vejez, el cómputo, por el Estado miembro al que corresponde abonar dicha pensión, de los períodos de educación de los hijos que hubiera cubierto en otros Estados miembros, dicho Estado miembro está obligado a computar dichos períodos en virtud del artículo 21 TFUE, dado que dicha persona trabajó y cotizó exclusivamente en ese Estado miembro, tanto antes como después del traslado de su residencia a otro Estado miembro en el que transcurrieron los referidos períodos.

22 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.318.01.0002.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A318%3ATOC#ntr1-C_2022318ES.01000201-E0001

17. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de junio de 2022*[23]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona) — KM / Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (Procedimiento prejudicial —

Política social — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social — Directiva 79/7/CEE — Artículo 4, apartado 1 — Discriminación indirecta por razón de sexo — Normativa nacional que establece la incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen legal de seguridad social — Compatibilidad de tales pensiones cuando corresponden a distintos regímenes legales de seguridad social — Constatación de una discriminación indirecta sobre la base de datos estadísticos — Determinación de los grupos afectados que se han de comparar — Justificación).

Asunto: C-625/20)

Publicada en el DOUE el día 22 de agosto de 2022

Fallo

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

[23] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.318.01.0003.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A318%3ATOC#ntr1-C_2022318ES.01000301-E0001

18. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 30 de junio de 2022*[24]

Laure Camerin / Comisión Europea (Recurso de casación — Función pública —

Antiguo funcionario — Retenciones efectuadas sobre la pensión de jubilación — Ejecución de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional — Recursos de anulación y de indemnización).

Asunto: C-63/21 P)

Publicada en el DOUE deldía 22 de agosto de 2022

Fallo

1) Desestimar el recurso de casación.

2) La Sra. Laure Camerin cargará, además de con sus propias costas, con aquellas en que haya incurrido la Comisión Europea.

19. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 30 de junio de 2022*[25]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León) — Clemente / Comunidad de Castilla y León (Dirección General de la Función Pública) (Procedimiento prejudicial —

Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Cláusula 4, apartado 1 — Principio de no discriminación — No consideración de los servicios prestados por un funcionario interino que adquiere posteriormente la condición de funcionario de carrera a efectos de la consolidación de su grado personal — Equiparación de esos servicios a los prestados por un funcionario de carrera — Concepto de «razones objetivas» — Consideración del período de servicio para adquirir la condición de funcionario de carrera — Estructura de la carrera vertical de los funcionarios establecida en la normativa nacional).

Asunto: C-192/21

Publicada en el DOUE del día 22 de agosto de 2022

Fallo

La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, a efectos de la consolidación del grado personal, no se

[24] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.318.01.0013.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A318%3ATOC#ntr1-C_2022318ES.01001301-E0001

[25] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/AUTO/?uri=OJ:C:2021:263:TOC

tienen en cuenta los servicios que un funcionario ha prestado como interino antes de adquirir la condición de funcionario de carrera.

20. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 7 de julio de 2022*[26]

Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht — Alemania) — Coca-Cola European Partners Deutschland GmbH / L.B. (C-257/21), R.G. (C-258/21) (Procedimiento prejudicial —

Política social — Artículo 153 TFUE — Protección de los trabajadores — Directiva 2003/88/CE — Ordenación del tiempo de trabajo — Trabajo nocturno — Convenio colectivo que establece un incremento de la retribución para el trabajo nocturno realizado de manera regular inferior al previsto para el trabajo nocturno efectuado de manera ocasional — Igualdad de trato — Artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Aplicación del Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales)

Asuntos acumulados C-257/21 y C-258/21: C-257/21 y C-258/21)

Publicada en el DOUE del día 22 de agosto de 2022

Fallo

Una cláusula de un convenio colectivo que prevé un incremento de la retribución para el trabajo nocturno efectuado de manera ocasional superior al fijado para el trabajo nocturno efectuado de manera regular no aplica la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

21. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 7 de julio de 2022*[27]

Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour du travail de Mons — Bélgica) — Ville de Mons, Zone de secours Hainaut — Centre / RM (Procedimiento prejudicial —

Política social — Directiva 97/81/CE — Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Principio de pro rata temporis — Consideración, a efectos de calcular la retribución de un bombero profesional

[26] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.318.01.0015.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A318%3ATOC#ntr1-C_2022318ES.01001501-E0001

[27] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.318.01.0018.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A318%3ATOC#ntr1-C_2022318ES.01001801-E0001

contratado a tiempo completo, de la antigüedad adquirida por este como bombero voluntario, según el principio de pro rata temporis).

Asunto: C-377/21

Publicada en el DOUE del día 22 de agosto de 2022

Fallo

La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, a efectos de calcular la retribución de los bomberos profesionales contratados a tiempo completo, computa, en concepto de antigüedad salarial, los servicios previamente prestados a tiempo parcial, como bomberos voluntarios, según el principio de pro rata temporis, es decir, en función de las prestaciones efectivamente realizadas.

B. Autos

1. *Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de abril 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona) — QL / Universitat de Barcelona (Procedimiento prejudicial — Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia —*

Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada — Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público — Cláusulas 2 y 3, punto 1 — Ámbito de aplicación — Concepto de «trabajador con contrato de duración determinada»).

Asunto C-464/21[28]

Publicado en el DOUE del día 20 de junio de 2022

Fallo

Las cláusulas 2 y 3, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador que ha estado vinculado a su empleador del sector público

[28] Fecha de presentación: 29.7.2021.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.237.01.0022.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2022%3A237%3ATOC#ntr1-C_2022237ES.01002201-E0001

mediante sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y cuya relación laboral puede convertirse, como sanción, en «indefinida no fija» está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco.

C. Conclusiones de los abogados generales del TJUE

1. Conclusiones del Abogado General SR. PRIIT PIKAMÄE

Presentadas el 2 de junio de 2022[29]

Asunto C-199/21: DN ncontra Finanzamt Österreich

Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzgericht (Tribunal Federal de lo Tributario, Austria).

Objeto:

«Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Reglamento (CE) núm. 987/2009 — Artículo 60, apartado 1, tercera frase — Legislación de un Estado miembro que prevé la concesión de prestaciones familiares al progenitor en cuyo hogar vive el hijo — Falta de ejercicio de su derecho por el progenitor con derecho a percibir las prestaciones — Obligación de tramitar la solicitud presentada por el otro progenitor — Alcance de esta obligación sobre la orden de devolución de las prestaciones familiares concedidas al otro progenitor» En el presente asunto, el Bundesfinanzgericht (Tribunal Federal de lo Tributario, Austria) plantea al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto, en particular, la interpretación de las disposiciones que para la aplicación de los artículos 67 y 68 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 prevé el Reglamento (CE) núm. 987/2009. Más concretamente, mediante las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, en las que se centran las presentes conclusiones, se insta al Tribunal de Justicia a precisar el sentido y el alcance del artículo 60, apartado 1, tercera frase, del Reglamento núm. 987/2009, cuyas disposiciones prevén que, en caso de que una persona con derecho a percibir las prestaciones no ejerza su derecho, la institución competente debe tramitar la solicitud presentada por una de las personas mencionadas en dicho texto.

Conclusión

A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, tal como han sido reformuladas, planteadas por el Bundesfinanzgericht (Tribunal Federal de lo Tributario, Austria):

---

29 https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=67D02A7B707BBFE960F7249CE96BE44D?text=&docid=260207&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4822553#Footnote1

«El artículo 60, apartado 1, tercera frase, del Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, se opone a una normativa nacional que permite la recuperación de prestaciones familiares concedidas a una de las personas previstas en dicho precepto y cuya solicitud tramitó la institución competente, cuando la persona que tiene derecho a percibir tales prestaciones no ejercitó ese derecho y dichas prestaciones se destinaron efectivamente a la manutención de los miembros de la familia para los que se solicitaron.»

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

LA PROHIBICIÓN DE DESPIDO O EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSA COVID. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 2022. DE NUEVO SOBRE EL SLOGAN DE MAYO DE 1968, PROHIBIDO PROHIBIR

Por

JORDI GARCÍA VIÑA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

jordi.garcia@ub.edu

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: La pandemia del Covid-19 originó una suerte de legislación que, sin perjuicio de las necesidades de urgencia y otras causas, ha demostrado en varias ocasiones que presenta relevantes problemas de técnica jurídica y excesivo contenido ideológico. Es deseable que estas observaciones jurídicas no se vuelvan a producir, dotando a todo el Ordenamiento Jurídico de mayor seguridad jurídica, fundamento del Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Covid-19; prohibición; despido.

SUMARIO. I. Interpretación de los tribunales sobre este precepto.- II. Sobre la consecuencia jurídica de esta prohibición.- III. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022.- IV. Conclusión valorativa de la sentencia.

THE PROHIBITION OF DISMISSAL OR TERMINATION OF THE CONTRACT DUE TO COVID. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT OF OCTOBER 19, 2022. ONCE AGAIN ON THE SLOGAN OF MAY 1968, IL EST INTERDIT D'INTERDIRE

ABSTRACT: The Covid-19 pandemic gave rise to a kind of legislation that, without prejudice to urgent needs and other causes, has shown on several occasions that it presents relevant legal technical problems and excessive ideological content. It is desirable that these legal observations do not occur again, providing the entire Legal System with greater legal certainty, basis of the Rule of Law.

KEYWORDS: Covid-19; ban; dismissal.

SUMMARY: I. Interpretation of the courts on this precept.- II. On the legal consequence of this prohibition.- III. Analysis of the judgment of the Supreme Court of October 19, 2022.- IV. Evaluative conclusion of the judgment.

I. INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES SOBRE ESTE PRECEPTO

Según el art. 2 de la Ley 3/2021, de 12 de abril, la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los arts. 22 y 23 RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podían entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido[1].

Hay que recordar que esta medida estuvo vigente hasta 28 de febrero de 2022.

Hay que tener en cuenta que los motivos que se citaban en este precepto y que justifican la utilización de los expedientes, en sus dos modalidades, son los siguientes.

Por un lado, en cuanto a las causas de fuerza mayor que han permitido solicitar expedientes de regulación de empleo, siempre y cuando tengan relación directa.

En el otro lado, cabe incluir cualquier tipo de causa que pueda ser calificada como económica, técnica, organizativa o de producción.

Además, era necesario preguntarse si esta limitación sólo afectaba a las empresas y respecto a los trabajadores que han estado incluidos en expedientes de regulación de empleo, y, por tanto, vinculada a las exoneraciones de cotizaciones, o es una prohibición general y se encuadra en el estado de excepcionalidad derivado de la pandemia que tiene una duración determinada.

Hay sentencias que apostaron por la opinión que esta norma prohibitiva se aplica a todas las empresas, hayan estado o no en situación de regulación de empleo, de manera que cualquier empresa queda dentro del ámbito de aplicación de la norma excepcional y no debe despedir o extinguir los contratos por causa de fuerza mayor o por causas objetivas relacionadas con la Covid-19[2].

En otros casos, se matizaba esta opinión y se aseguraba que a la vista de la literalidad del art. 22 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, no es aplicable el art. 2 del RD-ley 9/2020, de 27 de marzo, por lo que aplica la legislación ordinaria. Así, el art. 22 establece que la legislación de urgencia será aplicable a aquellos supuestos que "tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19", lo que

[1] Beltrán de Heredia Ruiz, "COVID-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RDLey 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)", *Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, nº 1, IUSLabor, 2020, págs. 45 ss.

[2] SJS nº 1 de Ponferrada 9 de octubre de 2020 (Recurso nº 225/20); SJS nº 3 de Pamplona 21 de diciembre de 2020 (Recurso nº 637/20). En el mismo sentido, Criterio interpretativo de la Dirección General de Trabajo DGT-SGON863CRA, de 7 de abril de 2020.

implica que esta normativa no es aplicable en los supuestos en que el Covid-19 no se configure como la causa directa o, dicho en otras palabras, se configure como una causa indirecta o mediata. Ciertamente, entiende, la decisión legislativa podría haber sido otra, pero lo cierto es que la norma en vigor establece con total claridad su incidencia, su ámbito de regulación, únicamente para los supuestos de necesidad de adopción de acuerdos de flexibilidad, sea interna o externa originados por perdida de actividad por causa directa del Covid-19 y es evidente que la literalidad de la expresión permite pocas dudas interpretativas, tal como impone el Código Civil[3].

Finalmente, hubo sentencias que esta regla no se aplicaba ya que la normativa exige que las extinciones tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del Covid-19, incluida la declaración del estado de alarma, si la causa del despido no deriva de esta declaración, ni trae causa directa ni indirecta, no viene precedido de una suspensión de contrato ni reducción de jornada, ni trae causa en la situación sanitaria, sino en la pérdida del cliente principal de la empresa[4].

Igualmente, en alguna sentencia se aplicaba de manera literal el hecho que sólo se refiere a extinciones objetivas, al entender que este precepto no permite la extinción por causas objetivas del contrato, siendo así que, si se está ante un despido disciplinario[5], no resultaba de aplicación[6].

Así, son diversas las sentencias que habían valorado las conductas sin que hayan tenido en cuenta esta limitación, declarando la improcedencia del despido, ya sea por inasistencia al trabajo tras comunicar que es posible positivo en Covid-19[7], si se negó a ir al trabajo por miedo a contagiarse[8] o si se negó a realizar un viaje al extranjero por entender que era paciente de riesgo[9].

También pueden encontrarse sentencias que declaraban la procedencia, por ejemplo, por la negativa del trabajador al uso de mascarilla y lavado de manos para recogida de

[3] STSJ Cataluña 11 de diciembre de 2020 (Recurso nº 66/20) y STSJ Madrid de 30 de noviembre de 2020 (Recurso nº 399/2020).

[4] SJS nº 3 de León de 9 de octubre de 2020 (Recurso nº 366/20); SJS nº 2 de Salamanca de 21 de octubre de 2020 (Recurso nº 444/20) y SJS nº 14 de Valencia de 1 de febrero de 2021 (Recurso nº 37/21).

[5] STSJ de Asturias de 26 de enero de 2021 (Recurso nº 1945/2020).

[6] La SJS nº 1 de Gijón de 4 de diciembre de 2020 (Recurso nº 408) declara que esta limitación no se aplica en supuestos en los que una empresa cesionaria no asume a un trabajador tras un traspaso.

[7] SJS nº 2 de Palencia de 8 de octubre de 2020 (Recurso nº 298/20).

[8] SJS nº 1 de Cáceres de 5 de octubre de 2020 (Recurso nº 191/20).

[9] STSJ de Galicia 1 de febrero de 2021 (Recurso nº 4081/2020).

pedidos[10] o después que la trabajadora de un supermercado hubiera mantenido una discusión con una clienta cuando ésta última le recriminó que llevaba la mascarilla por debajo de la nariz, extremo que ya había sido advertido por la supervisora del establecimiento con anterioridad en otras ocasiones[11].

Aunque también existen sentencias que declaraban la nulidad de la decisión empresarial cuando el despido se produjo dos días más tarde de causar baja por incapacidad temporal por Covid-19[12]; si no se ha despedido a la trabajadora por el mero hecho de encontrase en situación de incapacidad temporal, ni por la mayor o menor duración del periodo de cuarentena o por la baja rentabilidad que pueda suponer para la empresa, sino por el hecho que la trabajadora, que prestaba servicios de atención al público, era sospechosa de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa[13]; cuando una trabajadora que, forma parte del colectivo de riesgo frente al Covid-19 por padecer diversas patologías no acude al trabajo durante 4 días, teniendo reconocida la incapacidad temporal, a sabiendas de la empresa que había sido advertida en diversas ocasiones sobre su situación y que había solicitado una evaluación de riesgos que no se produjo[14] o si se trata de un despido de un trabajador que manifestó a la empresa su disconformidad con realizar un test PCR, finalizado el anterior contrato y antes de formalizar el nuevo fundamentada en que, al no estar dado de alta, en caso de arrojar resultado positivo, se vería privado de la prestación económica de incapacidad temporal y temía no ser contratado de nuevo[15].

II. SOBRE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE ESTA PROHIBICIÓN

Con arreglo a la estructura jurídica ordinaria, la calificación jurídica de este tipo de extinción del contrato de trabajo puede ser determinada por el juez como procedente, improcedente o nula.

Ahora bien, las dudas surgen respecto a si esta regulación altera el procedimiento habitual o si hay que seguir con los criterios tradicionales. De hecho, las respuestas de la jurisprudencia no dejaban clara esta cuestión, ya que pueden encontrarse sentencias que resuelven en cada una de estas categorías. Todo ello sin perjuicio que la sentencia

[10] SJS nº 4 de Gijón de 4 de noviembre de 2020 (Recurso nº 288/20).

[11] SJS nº 6 de Santander de 22 de enero de 2021 (Recurso nº 24/21).

[12] SJS nº 1 de Mataró de 1 de febrero de 2021 (Recurso nº 39/21).

[13] SJS nº 9 de Murcia de 10 de diciembre de 2020 (Recurso nº 275/20).

[14] SJS nº 26 de Barcelona de 14 de diciembre de 2020 (Recurso nº 494/20).

[15] SJS nº 3 de Móstoles de 29 de diciembre de 2020 (Recurso nº 1/20).

del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022 debe haber puesto punto final a esta larga discusión.

Así, hay sentencias que entendieron que la extinción incumpliendo esta limitación supone la declaración de nulidad, en base a que el engarce entre el mantenimiento del empleo y la resolución irregular del contrato de trabajo por un acto unilateral del empresario nos conduce a la restitución *ad integrum* del vínculo laboral.

Las razones esgrimidas por las sentencias se pueden agrupar en los siguientes argumentos[16].

Por la indisponibilidad de la norma excepcional por parte de cualquiera de los sujetos participantes en las relaciones laborales, tanto en la esfera de la voluntad general como en la particular de un contrato de trabajo, en cuanto que el tercer sujeto de las relaciones laborales, el público, es el que se ha atribuido las funciones de delimitar los parámetros funcionales y de reacción ante la pandemia y sus consecuencias.

Porque solamente se acomoda a esa previsión de mantener el empleo y la situación previa a la generada con el Real Decreto del estado de alarma, la reposición de la situación previa del trabajador al acto ilícito de su despido.

Porque la vis atractiva de la imposición a los empresarios y trabajadores de un sistema concreto de atender la crisis les ha privado de la disponibilidad de la extinción de los contratos de trabajo, y les obliga a asumir un instrumento concreto fuera del cual, en los supuestos del art. 22 RDL 8/2020, no hay alternativa: es *ope legis*. Fuera de los contornos legislativos no hay discrecionalidad.

Porque esa no disposición de la facultad de despedir que establece este precepto conduce a que no sea posible que por la declaración de despido improcedente se produzca lo que no ha querido la norma, y que a la postre se opte por la extinción del contrato mediante una indemnización, que es la posible consecuencia del despido improcedente. Si se admite ello se admitiría una quiebra de la misma norma, dejándola sin contenido eficaz. No se trata de automatizar las instituciones propias del derecho laboral, sino de dotarles de su verdadero empaque. Por ello, no es que sea porque se trate de un posible despido fraudulento el que la consecuencia sea la nulidad, no, de lo que se trata es de que la voluntad de las partes ha quedado criogelizada, y se ha asumido por el legislador una función propia de los interlocutores sociales, que es la negociación y la disponibilidad de determinadas instituciones, creando un marco de

[16] Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de enero de 2021 (Recurso nº 1583/2020), 23 de febrero de 2021 (Recurso nº 57/2021), de Asturias de 30 de marzo de 2021 (Recurso nº 384/201). Igualmente, aunque con argumentos más simplificados, SJS nº 3 de Sabadell de 6 de julio de 2020 (Recurso nº 93/2020), SJS nº 29 de Barcelona de 28 de julio de 2020 (Recurso nº 180/2020) y SJS nº 6 de Oviedo de 22 de octubre de 2020 (Recurso nº 305/2020).

derecho necesario. De aquí el que haya adquirido la preservación del empleo en la concreta situación generada una significación mayor a aquélla que se había pretendido para otros casos; y todo el bloque normativo dictado para la pandemia forma un conjunto holístico y sistémico, propio y autónomo, ajeno al paralelismo ordinario de las figuras del derecho laboral y su regulación. En definitiva, se ha diseñado un sistema para la situación, con la configuración de las causas y formas de actuar, ERTE, y se ha colocado la protección del empleo frente a la pandemia en un rango electivo similar al de la protección de los derechos fundamentales; en el mismo rango que los derechos que determinan la consecuencia de la nulidad del despido

En el otro extremo, algunas sentencias, también muy limitadas en su número, declaraban que cabe la calificación de procedencia en base a que hay que entender esta limitación como una derivada del art. 3.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la idea de una economía de mercado que promueve, se desprende que, aunque puede ser limitada, ésta no puede ser de tal intensidad que la vacíe de contenido.

Por esta razón, entendían que la normativa española, en tanto en cuanto establece una prohibición incondicionada a una tradicional medida de readaptación empresarial de amplio reconocimiento en todas las economías de la Unión Europea, y que todas las legislaciones someten a varios requisitos formales, materiales y de compensación en cuanto no es una causa imputable a los trabajadores, no respeta esa legalidad comunitaria, de establecer un marco común de desarrollo social y económico, por lo que generando derechos subjetivos en los justificables merecen la protección y tutela de los órganos jurisdiccionales como tribunales de la Unión. Por lo que, considera que vulnera no sólo el art. 3.3 TFUE, sino también el art. 16 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que regula la libertad de empresa[17].

Sin embargo, hasta la fecha, la mayoría de las sentencias han declarado la improcedencia de este tipo de extinciones, en la línea de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022, con diversos argumentos.

Literal, en base a que el precepto pudiendo haber calificado al despido como nulo, ha optado por no hacerlo. Nada dispone tampoco sobre la calificación, la exposición de motivos del Real Decreto-ley. Además, no se prevé una prohibición de despido bajo sanción de nulidad por lo que, siendo un principio general de derecho el que afirma que donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete, sobre todo, porque tampoco

[17] SJS nº 4 de Gijón de 25 de noviembre de 2020 (Recurso nº 223/20), juzgado de lo social nº 2 de Salamanca de 30 de noviembre de 2020 (Recurso nº 558/20), juzgado de lo social nº 3 de Logroño 11 de diciembre de 2020 (Recurso nº 282/20), juzgado de lo social nº 1 de Barcelona de 15 de diciembre de 2020 (Recurso nº 283/20) y SJS nº 31 de Barcelona de 5 de febrero de 2021 (Recurso nº 59/2021).

se ha modificado y bien podía haberlo hecho, la redacción del art. 124 LRJS, el despido no puede calificarse como nulo. Además, no es razonable interpretar ese silencio como un mero olvido[18].

La palabra "justificativa" significa que "sirve para justificar algo" y el verbo "justificar" significa probar algo con razones convincentes, testigos o documentos. Por ello, si la causa productiva, no es justificativa del despido, esto significa que la causa productiva relacionada con el Covid-19 no lo prueba, el despido no está probado y, por lo tanto, resulta improcedente o en este caso, no ajustado a derecho. No nulo[19].

El ordenamiento jurídico no consagra la categoría del despido nulo por falta de causa, sino que la calificación que se impone es la de la improcedencia del despido (arts. 55 ET y 108 y 122 LRJS). Conforme a esta doctrina, cuando no hay causa legal para la extinción del contrato, la calificación aplicable es la de la improcedencia del despido y no la de nulidad[20], siguiendo la doctrina general del Tribunal Supremo[21].

El legislador ha tenido en sus manos la posibilidad de dar una respuesta clara a la cuestión litigiosa y, sin embargo, ha preferido publicar una norma de contenido impreciso[22].

Incluso hay alguna sentencia que declarando la improcedencia concede una indemnización adicional ya que entiende que la indemnización legal tasada no es suficientemente disuasoria, en base al Convenio nº 158 OIT[23].

---

[18] STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2020 (Recurso nº 1036/20).

[19] STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2020 (Recurso nº 1036/20), sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León/Burgos de 15 de enero de 2021 (Recurso nº 429/20) y sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 31 de marzo de 2021 (Recurso nº 3825/20).

[20] Entre otras, véase SJS nº 1 de Ponferrada de 24 de junio de 2020 (Recurso nº 174/20); SJS nº 4 de Palma de Mallorca de 5 de julio de 2020 (Recurso nº 346/20); SJS nº 26 de Barcelona de 10 de julio de 2020 (Recurso nº 348/20); SJS nº 5 de Valladolid de 21 de julio de 2020 (Recurso nº 237/20); SJS nº 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020 (Recurso nº 168/20); SJS nº 1 de Mieres de 4 de agosto de 2020 (Recurso nº 319/20); SJS nº 4 de Palma de Mallorca de 31 de agosto de 2020 (Recurso nº 304/20); SJS nº 1 de León de 22 de septiembre de 2020 (Recurso nº 261/20); SJS nº 1 de Soria de 9 de septiembre de 2020 (Recurso nº 216/20); SJS nº 1 de León de 1 de octubre de 2020 (Recurso nº 253/20); SJS nº 1 de Palencia de 1 de octubre de 2020 (Recurso nº 281/20); SJS nº 1 de Ponferrada de 9 de octubre de 2020 (Recurso nº 225/20); SJS nº 26 de Barcelona de 13 de octubre de 2020 (Recurso nº 229/20); SJS nº 5 de Valladolid de 14 de octubre de 2020 (Recurso nº 335/20); SJS nº 1 de Oviedo de 19 de octubre de 2020 (Recurso nº 295/20); SJS nº 2 de Salamanca de 21 de octubre de 2020 (Recurso nº 444/20); SJS nº 3 de Gijón de 3 de noviembre de 2020 (Recurso nº 316/20); SJS nº 26 de Barcelona de 18 de noviembre de 2020 (Recurso nº 50/20), SJS nº 11 de Bilbao de 19 de noviembre de 2020 (Recurso nº 6/20) y SJS nº 3 de Arrecife de 24 de marzo

de 2021 (Recurso nº 325/20).

[21] Véase, entre otras, sentencia de 2 de noviembre de 1993 (Recurso nº 3669/1992); sentencia de 19 de enero de 1994 (Recurso nº 3400/1992); sentencia de 23 de mayo de 1996 (Recurso nº 2369/1995); sentencia de 30 de diciembre de 1997 (Recurso nº 1649/1997), sentencia de 29 de enero de 2001 (Recurso nº 1566/2000) y sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2015 (Recurso nº 2659/14).

[22] SJS nº 3 de Pamplona de 21 de diciembre de 2020 (Recurso nº 637/20).

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 2022

La sentencia objeto de este comentario, dictada en Pleno y sin que aparezca ningún voto particular, de manera que expresa claramente el parece de la sala, estima el recurso ante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de abril de 2021 que, corrigiendo el criterio de la instancia, había declarado la nulidad de un despido objetivo acaecido en mayo de 2020 de un trabajador con un contrato en prácticas inicialmente previsto hasta finales de enero de 2021.

Los motivos alegados por la empresa se referían a la reducción de actividad debido a la paralización de los proyectos que tenía asignados y la falta de trabajo.

La empresa, disconforme con el criterio de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, formula recurso de casación, aportando como sentencia de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos de 24 de febrero de 2021.

La argumentación de la sentencia se fundamenta en los siguientes bloques temáticos.

A) El despido fraudulento solo es nulo si lo ha previsto el legislador laboral.

El Tribunal Supremo había entendido que anteriormente la jurisprudencia consideraba como nulos ciertos despidos vinculados a situaciones “en que la actuación arbitraria, desligada de causa conocida o derivada de la torticera búsqueda del incumplimiento legal, mediante ficciones que pudieran permitirles ampararse en otra figura jurídica. Pero aquella calificación, aceptada restrictivamente durante la vigencia de la Ley Procesal de 1980 desaparece en 1994, dados los términos del art. 108 LPL que determina los casos en que el despido debe ser declarado nulo[24].

De este modo, entiende que a partir de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 1989 es inexistente la figura del despido nulo por fraude de ley, habiendo sido descartado la nulidad del despido por fraude cuando ha mediado cesión ilegal de trabajadores entre empresas[25], cuando se ha despedido en función de hechos ya prescritos[26], cuando la empresa invoca la invalidez total como causa de extinción pese a que el convenio cuando el convenio colectivo la

[23] SJS nº 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020 (Recurso nº 174/2020).

[24] STS 15 diciembre 1994 (RCUD nº 985/1994).

[25] STS 2 de noviembre de 1993 (RCUD nº 3669/1992), STS 19 de enero de 1994 (RCUD nº 3400/1992) y STS 26 de enero de 1996 (RCUD nº 635/1995).

[26] STS 28 de febrero de 1995 (RCUD nº 1564/1994).

descarta[27], cuando la empresa invoca la conclusión del término para extinguir un contrato temporal que adquirió fijeza por celebrarse en fraude de ley[28], cuando existe falta absoluta de prueba por el empresario de la causa alegada en la carta de despido[29], cuando el empleador reconoce de inmediato que ha procedido al despido (invocando un motivo genérico) sin causa justificada[30] o cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad[31].

B. Nulidad por vulneración de derechos fundamentales.

Son muy numerosos los supuestos en que el Tribunal Supremo han debido afrontar la calificación de un despido vulnerador de derechos fundamentales, y en todos ellos han asignado a tales casos la consideración de extinciones nulas si se considera existente esa conducta.

Así, por ejemplo, considera improcedente el despido por falta de acreditación de la causa imputada, relacionada con el blanqueo de capitales, pese a que el trabajador considera vulnerado su derecho al honor[32]; en cambio, entiende que la calificación como nulo del despido basado en pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no puede ser automática, sino que ha de basarse en la mayor o menor conexión entre ese dato y la extinción contractual[33].

C. Los despidos colectivos asociados a la Covid-19 sin causa y su calificación.

El Tribunal Supremo ha establecido una extensa doctrina acerca de los despidos colectivos asociados al Covid-19, en los cuales, respecto de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas relacionadas con la pandemia causada por el Covid, en el caso de que la empresa acredite que las causas son estructurales y no meramente coyunturales, la suspensión contractual no constituiría una medida idónea para afrontarlas y se podría realizar un despido colectivo. En cambio, en los despidos colectivos realizados durante la vigencia de la pandemia que estén relacionados con el Covid-19, incumbe a la empresa acreditar que las circunstancias que motivaron el despido colectivo son

[27] STS 23 de mayo de 1996 (RCUD nº 2369/1995).

[28] STS 10 de julio de 1996 (RCUD nº 4027/1992).

[29] STS 10 de diciembre de 1997 (RCUD nº 1649/1997).

[30] STS 29 septiembre 2014 (RCUD nº 3248/2013), STS 5 de mayo de 2015 (RCUD nº 2659/2013) y STS 29 de noviembre de 2017 (RCUD nº 1326/2015).

[31] STS 29 de abril de 2014 (RCUD nº 3248/2013).

[32] STS 17 de febrero de 2016 (RCUD nº 808/2014).

[33] STS 26 de julio de 2022 (RCUD nº 1675/2021).

estructurales y no meramente coyunturales y al no haber acreditado la empresa que concurra una situación estructural, debió haber articulado medidas de flexibilidad interna y no externa. Por lo que, al existir indicios de la vulneración de la garantía de indemnidad, la conexión temporal entre la sentencia declarando nulo el ERTE y el inicio del procedimiento de despido colectivo, sin una justificación razonable de que fue ajeno a la vulneración de derechos fundamentales, el despido colectivo debe declararse nulo[34].

D. Las normas de emergencia aplicables no inciden en la calificación del despido.

El precepto analizado ha sido identificado como una prohibición de despedir por la sentencia recurrida, sin embargo, entiende no es ese el alcance que debe darse a la norma, ya que lo que contiene es una destipificación, una neutralización de causas extintivas. Problemas referidos al normal funcionamiento de la empresa que, de no existir la norma, encajarían en el despido objetivo o colectivo, sin embargo, quedan ayunos de ese cauce. Dificultades empresariales que podrían justificar, en condiciones de normalidad, una extinción ajustada a Derecho ya no puede alcanzar esa legitimación. Tal es el sentido y la consecuencia del precepto en cuestión. Como si desapareciera de nuestro ordenamiento la apertura legal que en el art. 49 ET y concordantes contemplan esa posibilidad de ajuste laboral.

Por lo que concluye que la magra formulación legislativa no prohíbe la extinción contractual, sino que retira la cobertura del despido por dificultades empresariales.

Además, el cumplimiento cabal de lo preceptuado en este precepto comporta que las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o de fuerza mayor que posibilitaban la suspensión contractual a través del ERTE carecen de virtualidad.

Puesto que la empresa ha invocado razones genéricas, además de conectadas con la pandemia, se está ante un supuesto en que la terminación del contrato queda sin causa válida y, además, choca con la prescripción del precepto.

Por esta razón, el silencio legislativo sobre la calificación del despido es lo que aboca a proyectar sobre el supuesto las construcciones generales sobre la materia.

Entiende que ni el legislador ha establecido una verdadera prohibición ni, lo que resulta decisivo, ha proclamado la nulidad de los despidos desconocedoras de

[34] STS 22 de febrero de 2022 (168/2022). Igualmente, STS 16 de marzo de 2022 (RCUD nº 265/2021). La STS 20 de abril de 2022 (RCUD nº 241/2021), rechaza la nulidad del despido colectivo por vulneración de la cláusula de salvaguarda de empleo por no tener su causa directa en la pérdida de actividad como consecuencia del Covid-19.

su deseada pervivencia de la relación laboral a través del cauce suspensivo.

Tampoco puede confundirse esta regla con la exigencia de mantenimiento del empleo para las empresas acogidas a los ERTEs asociados a la pandemia, ya que, en el caso analizado, la empresa no ha puesto en marcha un ERTE y desconocido luego su deber de mantener el nivel de empleo, sino que ha orillado aquella figura suspensiva mediante la instrumentación de la extinción enjuiciada.

En todo caso, las múltiples reformas que los Reales Decretos-ley experimentaron, omiten la precisión sobre las consecuencias de que se desconociera esta regla y ello, pese a la evidente duda que se generaba desde su promulgación y a la existencia de la acrisolada línea jurisprudencial analizada.

En consecuencia, ese silencio legislativo solo puede abocar a la aplicación de las previsiones generales acerca de qué sucede cuando una extinción contractual acordada por el empleador carece de encaje en las diversas aperturas del art. 49.1 ET.

El precepto pretende impedir que la empresa extinga válidamente un contrato por causas objetivas relacionadas con la pandemia que podrían haber motivado la suspensión del contrato o la reducción de jornada a través de los mecanismos de flexibilidad interna dispuestos en la normativa excepcional Covid-19.

En todo caso, el legislador no ha anudado la nulidad al desconocimiento de la norma, pese a disponer de múltiples ocasiones para ello, por lo que, la ausencia de causa acreditada sea cual fuere la invocada por el empresario, o incluso en ausencia de cualquiera, reconduce el supuesto al despido improcedente, por descontado, salvo que existiera vulneración de derechos fundamentales.

E. La vulneración de derechos fundamentales.

Los arts. 53.4 ET y 122.4 LRJS califican como nulo el despido que “se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” y son el resorte que se debería activar en caso de haberse aportado indicios de ello sin que la empresa los hubiera contrarrestado.

Sin embargo, no se puede entender que el bloque normativo de emergencia haya colocado la protección del empleo frente a la pandemia en un rango electivo similar al de la protección de los derechos fundamentales, en base a las siguientes razones:

- Que un Real Decreto-Ley pueda alterar el contorno de los derechos fundamentales y libertades públicas en su contenido esencial resulta inviable, pues se precisa a tal efecto de una Ley Orgánica (art. 81.1 CE).

- Que el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) alcance la dimensión de derecho fundamental es algo que solo está al alcance del propio constituyente.

- Los arts. 35 (derecho al trabajo) y 38 (libertad de empresa) de la Constitución aparecen integrados en la misma Sección del Capítulo Segundo del Título I de la Norma Fundamental. En consecuencia, no parece viable que entre ellos se produzca una impropia alteración de rango o de protección, sin perjuicio de que el legislador vaya dando preponderancia a uno u otro a medida que adopta sus decisiones.

- Que el estado de alarma (art. 116.2 CE) afectase a determinados derechos fundamentales y libertades públicas (RD 463/2020) o que el mismo fuese declarado parcialmente inconstitucional (STC 148/2021); o que la pandemia generase evidente afección del derecho a la integridad física y a la vida (art. 15 CE) no significa que cualquier comportamiento ilegal relacionado con aquel vulnere esos derechos fundamentales

- El trabajador no ha invocado, directa o indirectamente, la vulneración de derecho fundamental alguno como causa de su pretensión de que el despido sea considerado como nulo.

F. El artículo 2º del RDL 9/2020 no contiene una prohibición.

El art. 6.3 CC establece la nulidad de pleno derecho respecto de los actos contrarios a las normas prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto y son las normas laborales sustantivas y procesales las que se vienen encargando de establecer la tipología valorativa de los despidos y sus consecuencias.

Además, como el precepto analizado no contiene una verdadera interdicción del despido, sino una temporal restricción de su procedencia; durante ese tramo cronológico, por así decirlo, ha quedado suspendida la vigencia de los preceptos sobre las referidas causas de despido objetivo, colectivo o por fuerza mayor.

Tal restricción es la consecuencia de que *"no se podrán entender como justificativas*" de la extinción las expuestas causas. Así las cosas, si el empleador activa una extinción por causa imposible lo que surge es un despido acausal. Los despidos sin causa justificada, con arreglo a nuestra doctrina, son reconducibles a la calificación como improcedentes.

Igualmente, solo si la norma asigna la nulidad expresamente, como sucede cuando la extinción comporta la elusión de las normas sobre despido colectivo, es cuando hay que activar esa calificación.

Por tanto, concluye esta sentencia, ni estamos ante una verdadera prohibición de despedir, ni los efectos de desconocer un mandato normativo son los de la teoría general del negocio jurídico, sino los específicos del despido, ni en el caso se ha eludido el mecanismo del despido colectivo.

G. La eventual conducta fraudulenta de la empresa no desemboca necesariamente en la nulidad del despido.

Las consecuencias de que un despido aparezca ante los ojos del juzgador como carente de causa no es en la actualidad la de su nulidad, sino la improcedencia. Ni el abuso de derecho, ni el fraude de ley desembocan en la calificación de nulidad, no porque ello fuese exigible desde alguna perspectiva supralegal sino, sencillamente, porque es el deseo de las Leyes, tanto sustantivas cuanto adjetivas, que desde tiempo atrás vienen ocupándose del tema.

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta, cuando el despido carece de causa debe considerarse improcedente. Esa es la regulación de la que estaría intentando huir la empresa al articular un despido como el enjuiciado.

H. Al quedar el despido sin causa justificada debe considerarse improcedente.

Puesto que la normativa de emergencia no altera las premisas para calificar los despidos carentes de causa y la doctrina del Tribunal Supremo viene calificando como improcedentes los de tal índole.

Pertenecen al terreno de las posibles construcciones normativas (*de lege ferenda)* las reflexiones acerca de la mayor o menor concordancia entre los esfuerzos de las Autoridades para que el tejido productivo o el empleo no se vieran afectados por la pandemia y la posibilidad de que, mediando el abono de la indemnización correspondiente, la empresa acabara extinguiendo un contrato de trabajo

La renuencia legislativa a alterar el descrito estado de cosas, la necesaria sujeción al principio de legalidad (art. 9.3 CE) y la dispensación de tutela judicial acorde con la doctrina reiteradamente mantenida constituyen argumentos sólidos para entender la aplicación de la improcedencia.

I. La improcedencia no convalida la decisión empresarial.

Dados los términos en que aparece formulado el debate conviene añadir una reflexión más acerca de si las consecuencias del despido improcedente bastan para llenar las exigencias preventivas y reparativas respecto de una decisión ilegal como la ahora enjuiciada. Lo primero que conviene advertir es que esa cuestión puede plantearse en términos de generalidad, esto es, respecto de cualquier otro despido de carácter improcedente.

Habiendo recordado el carácter autónomo de la decisión extintiva empresarial, resulta evidente que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo

del acto mismo de despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo; así resulta de los arts. 49.11 y 54.1 ET y demás preceptos del Estatuto que disciplinan las diversas modalidades de despidos (objetivo -arts. 52 y 53 ET- colectivos -art. 51 ET y del art. 3 del Convenio 158 OIT)[35].

Así lo atestigua el Tribunal Constitucional que invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular[36].

Esta reflexión entronca con el respeto al Convenio 158 OIT (distingue entre *"causa prohibida"* y *"causa justificada")*, porque la declaración de improcedencia de un despido sin causa, lejos de implicar la implícita admisión de la licitud del desistimiento empresarial, implica negar que esa mera voluntad pueda servir para extinguir válidamente el contrato y, por eso, la conducta empresarial es sancionada.

Tampoco se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por descartarse la calificación de nulidad en tales casos. La legislación española cumple con la reparación alternativa del art. 10 del Convenio 158 OIT ("Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada") pues contempla la indemnización como consecuencia posible del incumplimiento del principio de causalidad del despido. Muchas veces se ha dicho ya que no existe la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención o prueba de la causa conlleva la nulidad del despido.

J. En conclusión

La sentencia de 19 de octubre de 2022 entiende que debe concluir que el despido desconociendo su admonición no debe calificarse como nulo, salvo que exista algún dato específico que así lo justifique (vulneración de un derecho fundamental, elusión de las normas procedimentales sobre despido colectivo,

[35] STS 10 de junio de 2009 (RCUD nº 3098/2007) y STS 16 de febrero de 2022 (RCUD nº 222/2021).

[36] STC 33/1987 de 12 de marzo. STS de 21 de diciembre de 1990 (RCUD nº 2397/1989).

concurrencia de una circunstancia subjetiva generadora de especial tutela).

Ni la referida norma contiene una verdadera prohibición, ni las consecuencias de que haya un despido fraudulento comportan su nulidad, salvo que exista previsión normativa expresa (como sucede en el caso de elusión del mecanismo del despido colectivo). Del mismo modo, tampoco el acudimiento al ERTE aparece como una verdadera obligación.

La calificación del despido como nulo no es asumible porque las previsiones sobre el tema (tanto del ET cuanto de la LRJS) ignoran el supuesto de fraude (salvo en despidos "por goteo" que eluden el procedimiento de la extinción colectiva), por lo que se está ante una extinción sin causa y su enfoque ha de ser el propio de la legislación laboral vigente tanto por la especialidad de este sector del ordenamiento cuanto por la propia remisión del art. 6.3 CC (calificando como nulos los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas "salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"), al margen de que propiamente no concurra su presupuesto aplicativo.

IV. CONCLUSIÓN VALORATIVA DE LA SENTENCIA

Esta sentencia ahonda en los criterios de análisis técnico de una situación como es la extinción del contrato de trabajo que forma parte del Ordenamiento Jurídico laboral desde el principio de los tiempos.

Utilizar el elemento ideológico para intentar limitar esta posibilidad presenta relevantes problemas, especialmente técnicos, pero también de aplicación real, en cuanto que se limita una de las herramientas que tiene la empresa para gestionar los recursos humanos.

Es evidente que las conductas vulneradoras de derechos fundamentales han de tener un mecanismo que prevenga su aparición, pero también es cierto que la figura de la nulidad ha de ser utilizada de manera matizada, ya que, en caso contrario, se estará fijando un criterio que pueda impedir el desarrollo de la actividad económica, que es el motor del empleo.

En una línea parecida de reproche jurídico puede incluirse la discusión relativa al régimen de indemnizaciones reguladas en el Estatuto de los Trabajadores desde 1980 y su inadecuación al Convenio nº 158 OIT, en el momento de la entrada en vigor de la revisión de la Carta Social Europea, así como respecto de la resolución de diferentes quejas presentadas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales.

CLÁUSULAS NULAS EN EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA

Por

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ
Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

jesus.barcelo@ub.edu

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: En la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de marzo de 20221, se analiza la contravención de la legalidad o del convenio colectivo de algunas cláusulas del acuerdo de trabajo a distancia, según el modelo de contrato elaborado unilateralmente por el empresario y al que se adhirieron los trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo; teletrabajo; trabajo a distancia; nulidad del contrato.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Supuesto de hecho analizado.- III. Análisis jurídico de la resolución. 1. Derechos de información de la representación legal de los trabajadores sobre los acuerdos.- 2. Derecho a la provisión de los medios necesarios para teletrabajar.- 3. Determinación de la vida útil o periodo máximo para la renovación de los medios, equipos y herramientas.- 4. Conservación y mantenimiento de los medios puestos a disposición.- 5. Compensación de gastos en el trabajo a distancia.- 6. Disponibilidad del trabajador durante la jornada de trabajo a distancia y la desconexión digital.- 7. Evaluación inicial de los riesgos laborales: recopilación de información de los trabajadores y acceso al domicilio.- 8. Reversibilidad de la decisión del trabajo a distancia.- 9. Facultad del empresario de vigilancia y control del trabajo a distancia. IV. Bibliografía.

NULL CLAUSES IN REMOTE WORK AGREEMENT

ABSTRACT: n the Judgment of the National High Court, of March 22, 2022, the contravention of the law or the collective agreement of some clauses of the remote work agreement is analysed, according to the contract model prepared unilaterally by the employer and to which workers joined.

KEYWORDS: Agreement, teleworking, remote work, nullity of the contract.

SUMMARY: I. Introduction.- II. Analysis of the facts.- III. Legal analysis of the resolution.- 1. Information rights of the workers' legal representation on the agreements.- 2. Right to the provision of the necessary means to telework.- 3. Determination of the useful life or maximum period for the renewal of means, equipment and tools.- 4. Conservation and maintenance of the resources made available.- 5. Compensation of expenses in remote work.- 6. Availability of the worker during the remote work day and the digital disconnection.- 7. Initial evaluation of occupational risks: collection of information from workers and access to the home.- 8. Reversibility of the remote work decision.- 9. Faculty of the employer of surveillance and control of remote work.- IV. Bibliography.

---

[1] SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 44/2022, de 22 marzo (Proc. 33/2022).

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo a domicilio es una forma de organización de trabajo antigua que se extendió durante la edad media, cuando los mercaderes entregaban las materias primas a las familias rurales para que produjeran objetos manufacturados y que posteriormente recogían para su venta en los mercados. Esta forma de organización de la producción se extendió, sobre todo, gracias a la mecanización del trabajo en el campo que permitió liberar mano de obra rural para dedicarla a la manufactura en el domicilio.

La primera regulación del trabajo a domicilio en España se encuentra en el Real Decreto Ley de 26 de julio de 1926[2], en el que se define al trabajo a domicilio como aquel que, siendo de la naturaleza permitida por el mismo, ejecuten los obreros, en el local en que estuviesen domiciliados, por cuenta del patrono, del cual recibirán retribución por la obra ejecutada. Esta norma pretendía mejorar las condiciones de trabajo de estos trabajadores a domicilio (la mayoría mujeres), que habitualmente realizaban jornadas de trabajo interminables y extenuantes, con salarios insuficientes y condiciones de seguridad e higiene muy deficientes[3].

En la Ley de Contratos de Trabajo de 1931[4] solo se referiría a los obreros a domicilio sin mayores detalles (art. 5), sin embargo, la Ley de Jurados mixtos, de ese mismo año[5], incluía el trabajo a domicilio en el ámbito de aplicación de la ley, definiéndolo como aquel que ejecutan los obreros en su morada u otro lugar libremente elegido por ellos, sin vigilancia del patrono por cuenta del cual trabajan ni de representante suyo y del que reciben retribución por la obra ejecutada; considerando patronos del trabajo a domicilio al empresario fabricante, almacenista, comerciante; contratista o subcontratista y destajista encargue trabajo a domicilio, pagando a tarea o a destajo dando o no los materiales y útiles del trabajo (art. 2).

En el Texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo, de 1944[6], solo se recogían las definiciones de trabajador a domicilio (art. 6) y trabajo a domicilio (art. 5) de la Ley de

[2] Real Decreto Ley de 26 de julio de 1926. Gaceta de Madrid, núm. 31, de 31 de julio de 1926, pp. 731 a 734.

[3] *Vid.* CÁMARA BOTÍA, Alberto. "La configuración normativa del trabajo a domicilio y a distancia (1926-2021)". En VV.AA. *El trabajo a distancia: una perspectiva global*. ALZAGA RUIZ, I.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; HIERRO HIERRO, F. J. (directores). Aranzadi Editorial:1921.

[4] Ley relativa al contrato de trabajo. Gaceta de Madrid, núm. 326, de 22 de noviembre de 1931, pp. 1130 a 1138.

[5] Ley de Jurados mixtos de 1931, de 27 de noviembre de 1931. Gaceta de Madrid, núm. 332, de 28 de noviembre de 1931, pp. 1251 a 1262.

[6] Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. BOE núm. 55, de 24 de febrero de 1944, pp. 1627 a 1634.

Jurados mixtos, sin embargo, en el Decreto de 31 de marzo de 1944[7], se reguló con mayor detalle, en su título II, el contrato de trabajo a domicilio, comprendiendo no solo al trabajador a domicilio individualmente sino también a los trabajadores que forman un taller de familia[8], pero excluyendo el trabajo por cuenta propia o trabajo autónomo sin intermedio de patrono, y regulando algunas limitaciones de jornada, condiciones de seguridad de mujeres y niños, la fijación de la retribución, y las obligaciones de los patronos o empresarios a domicilio.

En 1980, el Estatuto de los Trabajadores[9] reguló en su artículo 13 el contrato a domicilio, definiendo el contrato de trabajo a domicilio como aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario. En esta regulación se estableció la obligación de que este contrato se celebre por escrito; a que conste en este contrato el lugar concreto en donde se realizará la prestación laboral, con la finalidad de poder exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad; a que se garantice, como mínimo, el salario de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate; a que se garantice el ejercicio de los derechos de representación colectiva; y a que se ponga a disposición de los trabajadores un documento de control de la actividad laboral que realicen, en el que se consigne el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes.

En el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 1995[10], se reproduciría literalmente la regulación del trabajo a domicilio, aunque se modificaría por el art. 6 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero[11], con la finalidad de dar acogida al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías. En concreto, flexibiliza el concepto de trabajo a domicilio para contemplar que este se realice solo en una parte de la jornada, se garantiza que estos trabajadores tendrán los mismos derechos, incluido el de formación profesional continua, a la promoción profesional y a

[7] Decreto de 31 de marzo de 1944 por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes de Contrato de embarque, aprendizaje y trabajo de mujeres y niños y trabajo a domicilio. BOE núm. 102, de 11 de abril de 1944, pp. 2877 a 2886.

[8] De acuerdo con el artículo 116 del reglamento se entenderá por taller de familia el formado por personas pertenecientes a ésta y parientes del jefe de la misma o de su mujer dentro del tercer grado de consanguinidad y que, además, vivan en la casa-morada de dicho jefe.

[9] Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980, pp. 5799 a 5815.

[10] Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 75, de 29/03/1995.

[11] BOE núm. 36, de 11/02/2012.

ser informados de los puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

En el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 2015[12], se recogía esta misma regulación hasta que en 2020, la disposición final 3.1 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, la redujera a un reenvío a la norma legal que regula el trabajo a distancia.

En el ámbito internacional, la OIT adoptó, en junio de 1996, el Convenio sobre el trabajo a domicilio, ratificado por España en mayo de 2022, aunque no entrará en vigor hasta el 25 de mayo de 2023, en el que, sin perjuicio de que muchos convenios y recomendaciones internacionales del trabajo muchas normas de aplicación general relativas a las condiciones de trabajo son aplicables a los trabajadores a domicilio, en este Convenio se encomienda a los Estados miembros que lo ratifiquen a que implementen una política nacional en materia de trabajo a domicilio, en colaboración de los agentes sociales, destinada a garantizar la igualdad entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados y mejorar la situación de los trabajadores a domicilio, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio.

La Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) firmaron en 2002 el primer acuerdo marco sobre el teletrabajo a fin de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la UE[13], cuyas directrices debían desarrollarse a través del diálogo social y la negociación colectiva.

Este Acuerdo marco en la UE fue difundido en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003)[14], en el que las organizaciones firmantes[15] manifestaron compartir en su totalidad el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo ya que lo consideran un instrumento especialmente útil para facilitar y extender la

[12] 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 24/10/2015.

[13] Este Acuerdo no precisa ninguna tramitación legislativa por parte de las instancias comunitarias, puesto que no ha de tramitarse como una Directiva. Se puede consultar en el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131.

[14] Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003). BOE, núm. 47, de 24 de febrero de 2003, pp. 7539-7548.

[15] Las organizaciones firmantes del ANC 2033 fueron las representaciones de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO) y la Unión General de Trabajadores (UGT).

introducción del teletrabajo en las empresas[16]. Sin embargo, el Acuerdo Interconfederal solo tiene eficacia obligacional para las partes que lo suscriben en orden al respeto de las orientaciones y criterios que han de seguirse en la negociación, y promover la adaptación y el desarrollo del Acuerdo Marco Europeo a la realidad española[17].

En materia de información, el acuerdo marco exige que el empresario entregue al teletrabajador las informaciones escritas pertinentes conforme a la directiva 91/533/CEE, que se incorporó en el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores y desarrollado en el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio[18], que comprenda las informaciones relativas a los convenios colectivos aplicables, una descripción del trabajo a realizar, etc.

La escueta regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo[19] contenida en el artículo 13 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 2015[20] y el aumento de esta forma de organización del trabajo durante la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, propició que el Gobierno español elaborara, en 2020, un proyecto normativo sobre la modificación y elaboración de las condiciones para prestar trabajo por cuenta ajena a distancia[21].

El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia[22], tácitamente sustituido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, fue convalidado por el Congreso de los Diputados y tramitado como proyecto de ley lo que llevó a la aprobación en julio de 2021 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia[23], para regular las particularidades del trabajo que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa y el teletrabajo, que implica la prestación de servicios con nuevas tecnologías.

---

[16] GARCÍA VIÑA, Jordi. "El teletrabajo como elemento de política activa". En: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo: XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vigo, 10 y 11 de mayo de 2007, 2008, pp. 409-425.

[17] STS (Sala de lo Social) de 11 abril 2005, Fj. 6º.

[18] Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. BOE, núm. 192, de 12/08/1998.

[19] POQUET CATALÁ, Raquel. Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 351, 2012, pp. 139-158.

[20] 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 24/10/2015.

[21] Consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo sobre la modificación y elaboración de las condiciones para prestar trabajo por cuenta ajena a distancia. https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado/download/b92ce009-cd4a-46d5-a086-423985269c7a

[22] Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. BOE núm. 253, de 23/09/2020.

[23] Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. BOE, núm. 164, de 10/07/2021.

En el preámbulo de la norma se reconoce las ventajas del teletrabajo que ofrece una mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos; posibilidades de autoorganización; facilita la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; reducción de costes de estructura para las empresas y ahorro de costes en los desplazamientos; productividad y racionalización de horarios (sic.); facilitar el trabajo desde áreas rurales; reconociéndose la posible ventaja de reducir el absentismo.

Aunque también reconoce posibles inconvenientes, como: las amenazas de vulneraciones en la protección de datos; del riesgo de que se produzcan más fácilmente brechas de seguridad; del incremento del estrés y más concretamente del tecnoestrés; del riesgo de prolongaciones innecesarias y no deseadas del horario de trabajo; de fatiga informática y de conectividad digital permanente; un mayor aislamiento laboral y de pérdida de la identidad corporativa, mayores costes empresariales o para los trabajadores en equipamientos, suministros y compensación de gastos, etc.

Debe tenerse en cuenta la regulación existente en relación al derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87 LO 3/2018[24]); derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89 LO 3/2018); y, especialmente, el derecho a la desconexión digital (art. 88 LO 3/2018), que puede tener una importante incidencia en las condiciones de trabajo y, por tanto, en el bienestar y salud del trabajador, especialmente del teletrabajador.

El trabajo a distancia fue impulsado por la crisis provocada por la COVID-19 que provocó que muchas empresas tuvieran que favorecer el teletrabajo[25] para poder mantener la actividad económica de aquellas empresas o actividades que por su naturaleza permitieran realizar el trabajo en el domicilio de la persona trabajadora y así reducir los efectos negativos de la situación de confinamiento, restricciones de movilidad y distanciamiento físico.

En el contexto del estado de alarma, en el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo[26], se estableció el carácter preferente del trabajo a distancia como medida excepcional de naturaleza laboral con el objetivo de garantizar la actividad empresarial y reanudación con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria.

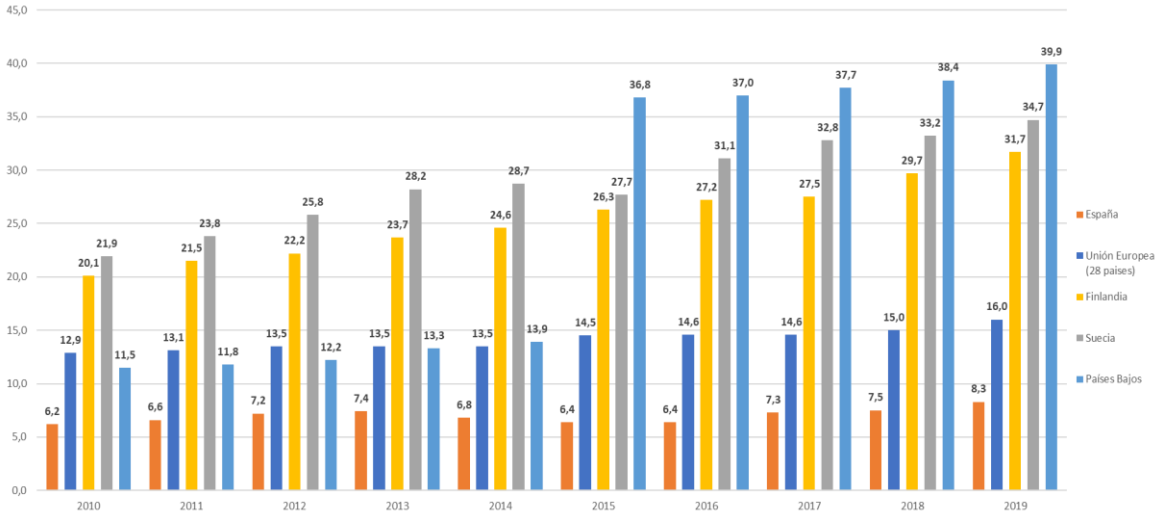
---

[24] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE, núm. 294, de 06/12/2018.

[25] Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. *Teletrabajo y poder de dirección: el control a distancia. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza*, 28 y 29 de mayo de 1999, 2000, pp. 939-956.

[26] Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE, núm. 73, de 18/03/2020.

Tabla 1. Porcentaje de personas que trabajan en su domicilio



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de Eurostat.

El trabajo en el domicilio[27] o teletrabajo[28] en la mayoría de los países de la Unión Europea se ha incrementado poco a poco en los últimos años, salvo en el caso de Países Bajos en el que ya se produjo un espectacular incremento en 2015.

El porcentaje medio de teletrabajo en la UE, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, fue del 16% en 2019 y, concretamente, en España del 8,3%.

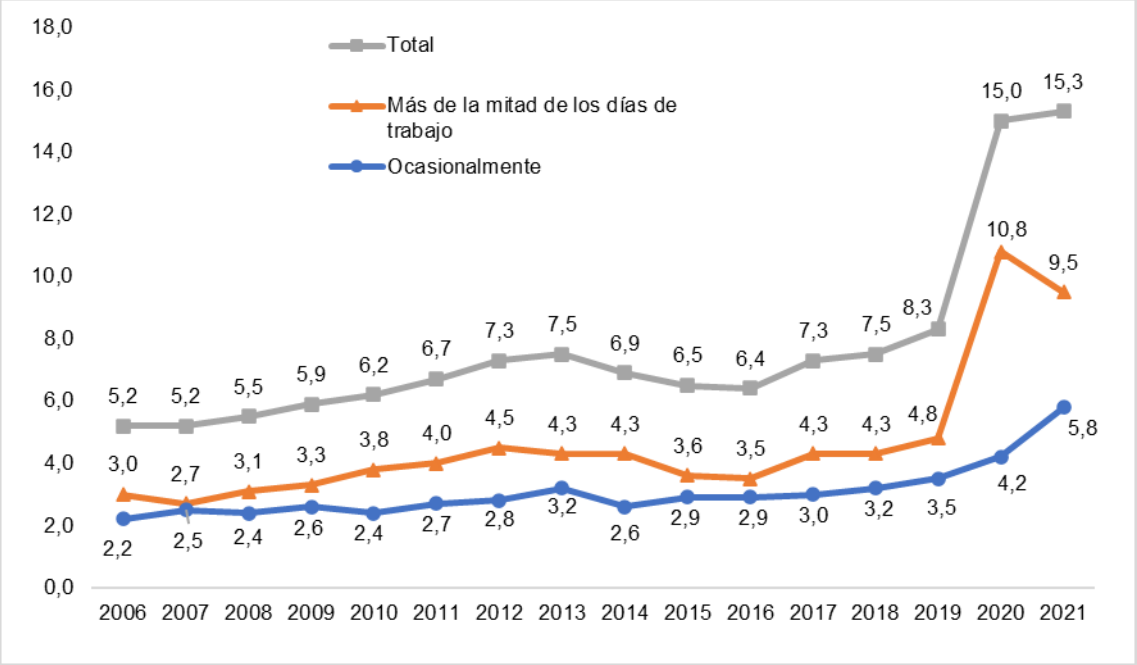
En España, debido a la pandemia el teletrabajo casi se ha duplicado llegado al 15% en 2020 y al 15,3% en 2021. No obstante, la frecuencia del trabajo en el domicilio se ha reducido en 2021 respecto a 2020, cayendo del 10,8% al 9,5%, lo que muestra que el trabajo en el domicilio particular se reduce en el número de días a la semana en los que se realiza. Superada la crisis surge la pregunta de si el nivel de teletrabajo se mantendrá a un nivel superior al que había anteriormente[29].

Tabla 2. Ocupados por frecuencia con la que trabajan en su domicilio particular. Porcentajes respecto del total

[27] GARCÍA NINET, José Ignacio. "Nota introductoria al estudio «El trabajador a domicilio»". En: *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, coord. por Manuel Carlos Palomeque López Árbol académico, Ignacio García-Perrote Escartín Árbol académico; Luis Enrique de la Villa Gil (hom.) Árbol académico, 2006, pp. 603-606.

[28] Vid. PURCALLA BONILLA, Miguel Angel; HUGO PRECIADO DOMÈNECH, Carlos. *Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012*. Actualidad laboral, núm. 2, 2013, p. 3.

[29] *Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, p 6.



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE.

Esta forma de organización del trabajo conlleva innegables ventajas, que sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden destacar: la flexibilidad horaria y conciliación del trabajo con la familia; la integración de colectivos que en otras formas de organización del trabajo pueden tener dificultades para incorporarse al mundo laboral (población en lugares alejados de los núcleos empresariales, personas al cuidado de familiares dependientes, etc.); la reducción de los desplazamientos; posibles reducciones en los costes para la empresa; incremento de la productividad, etc. Sin embargo también tiene desventajas, sobre todo si se implementa en tipos de trabajo que no se ajustan bien a este forma de organización del trabajo; cuando se realiza por trabajadores que pueden tener dificultades con el aislamiento, la motivación o la autoorganización del tiempo; y dificultades para garantizar un nivel de protección en materia de seguridad y salud igual al del resto de trabajadores, que evite, particularmente, accidentes en el domicilio, dolencias osteomusculares, riesgos relacionados con el uso de pantallas, ansiedad, depresión, etc.

No en todas las actividades es posible implementar el trabajo en el domicilio, ello va a depender del tipo de trabajo, la cualificación de la tarea, la cultura de la empresa, las posibilidades tecnológicas y materiales disponibles, las características de espacio en el domicilio, las condiciones familiares, o las redes e infraestructuras de las que disponga en su domicilio.

El trabajo a distancia y el teletrabajo no son conceptos coincidentes[30], ya que este último es un modo de trabajo a distancia que se refiere más concretamente a la utilización de forma intensiva de tecnología de la información en la prestación de servicios[31]. El teletrabajo no se ha desarrollado suficiente quedando aún muchas cuestiones a resolver[32], como son la inversión en equipos informáticos y tecnológicos, en redes e infraestructuras, en ciberseguridad y protección de datos, en el nivel de formación de las personas trabajadoras, en cultura empresarial y, especialmente, en materia de prevención de riesgos laborales.

II. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

El II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center[33], de aplicación a las partes, no regula el trabajo a distancia, por lo que la empresa Teleperformance España, S.A. ofertó a la plantilla un acuerdo sobre home office y trabajo a distancia y que fue suscrito por 1.029 trabajadores la empresa.

Entre enero y marzo de 2022 se presentaron demandas de Conflicto colectivo por la Federación de servicios CCOO; por el representante de CGT; por el representante de FeSMC-UGT; por el representante de USO; y por el representante de CIG, procediéndose a la acumulación de todas las demandas contra Teleperformance Spain, S.L.U.; Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF); STC- Sindicato de Trabajadores de la Comunicación, estimándose la acumulación de las demandas.

El día 15 de marzo de 2022, se señalaron los actos de intento de conciliación y, tras el intento fallido de avenencia, el acto de juicio, en el que las actoras se ratificaron en su demanda de nulidad total, o parcial en otros casos, de las cláusulas del acuerdo sobre home office y trabajo a distancia, que posteriormente se analizaran, que afecta a los 1.029 trabajadores de la empresa Teleperformance España, S.A. que han suscrito dicho acuerdo.

---

[30] Vid. MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBÀ, Sonia. Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10/2004. Editorial Aranzadi, S.A.U.

[31] LUQUE PARRA, Manuel y GINÈS I FABRELLAS, Anna. *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*. CEOE: 2016, p. 21.

[32] ROMERO BURILLO, Ana María. *El marco regulador del teletrabajo*. Ed. Atelier: 2021.

[33] Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* (antes telemarketing). BOE núm. 165, de 12 de julio de 2017, pp. 59955 a 60001.

El 26 de abril de 2021 se inició la negociación entre el empresario y la representación legal de los trabajadores sobre compensación de gastos por teletrabajo derivado de la COVID 19, finalizando sin acuerdo el 27 de mayo de 2021[34].

Con anterioridad, la Sala Social de la Audiencia Nacional, en fecha 4 de junio de 2021[35], dictó sentencia en conflicto colectivo suscitado a instancias de CGT frente a la Asociación de compañías de experiencia con cliente que desestimó y que en la fecha de la resolución que ahora se analiza no es firme.

III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN

La empresa Teleperformance España, SA plantea dos cuestiones procesales, que la Sala desestima. La primera hace referencia a una pretendida litispendencia en relación con la SAN de 4 de junio de 2021, por no concurrir identidad de partes ni identidad de objeto, pues en aquel caso la demandada no era el actual empresario sino la asociación patronal firmante del convenio de sector y la demandada era CGT, no los otros cuatro sindicatos que intervienen en la actual demanda y porque allí lo que se pretendía era el reconocimiento de unos derechos para el trabajo a distancia de todos los trabajadores de *contact center*, mientras que ahora lo que se está dilucidando es la adecuación al ordenamiento del concreto acuerdo ofertado por la empresa a los trabajadores que lo suscriben.

La segunda hace referencia a una pretendida inadecuación de procedimiento alegando la empresa que estamos ante un conflicto plural no ante un conflicto colectivo porque no se trata de una problemática común, sino que depende de la situación de cada trabador concreto, sin embargo, la Sala entiende que estamos frente a un conjunto homogéneo de trabajadores constituido por el grupo de 1.029 teletrabajadores de la plantilla que suscribieron el contrato ofertado y al que cabe dar una respuesta conjunta en relación a la cláusula de dicho contrato referida a que los medios materiales deban correr a cargo del empresario, aunque no es objeto de debate en este litigio la determinación de los concretos gastos que a cada teletrabajador podrían corresponderle.

Tras resolver las cuestiones procesales que se le plantean, la Sala Social de la Audiencia Nacional analiza el acomodo a la legalidad de las siguientes cláusulas controvertidas del acuerdo sobre *home office* y trabajo a distancia:

1. Derechos de información de la representación legal de los trabajadores sobre los acuerdos

[34] *Vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis; LÓPEZ VICO, Sheila. *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19: Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*. Laborum, 2022.

[35] SAN (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 132/2021 de 4 junio (Proc., núm. 103/2021).

El sindicato CIG en su demanda invoca la plena nulidad del acuerdo alegando que se han infringido los derechos de información y consulta de la representación legal de los trabajadores.

La Sala considera el trabajo a distancia como un «genuino y específico contrato de trabajo» que va más allá del simple establecimiento de determinadas condiciones para la prestación del servicio retribuido por cuenta ajena delimitado por el ámbito de aplicación del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores.

La Ley de Trabajo a distancia define el trabajo a distancia como una forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral (art. 2) que requiere la firma de un acuerdo de trabajo a distancia que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior (art. 5.1).

En todo caso, este acuerdo requiere de la voluntad de las partes, que fue plasmado en un contrato de adhesión, puesto que el clausulado del contrato se ha llevado a cabo unilateralmente la empresa, pero cuyo modelo fue informado a la representación legal de los trabajadores el 20 de septiembre de 2021, remitiéndose también la copia de los contratos suscritos por los trabajadores signantes.

Para la Sala, que el acuerdo de trabajo a distancia sea un contrato de adhesión no significa «*per se*» que el contrato sea nulo, sino que tal situación debe ser especialmente tenida en cuenta al momento de su interpretación y el análisis de la validez de algunas de sus cláusulas.

Atendiendo a estos hechos probados, la Sala resuelve que la empresa ha colmado las obligaciones establecidas en el artículo 6 de la Ley de trabajo a distancia, que establece la obligación de que la empresa entregue a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, en un plazo no superior a diez días desde su formalización, excluyendo aquellos datos que pudieran afectar a la intimidad personal[36], puesto que el convenio colectivo sectorial no regula el trabajo a distancia que amplie las obligaciones de información, como así pueden hacer.

2. Derecho a la provisión de los medios necesarios para teletrabajar

De acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley de Trabajo a Distancia, las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado[37] por parte

[36] *Vid.* 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. BOE núm. 115, de 14/05/1982.

[37] De acuerdo con el artículo 11.1 de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, en el caso de personas con discapacidad trabajadoras, la empresa debe asegurar que esos medios, equipos y

de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario que debe incorporarse en el acuerdo (art. 7 de esta ley), y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.

En concreto, en el artículo 7, de Ley de Trabajo a Distancia, se establece como contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, entre otros, que los contratos individualizados especifiquen el inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos.

El contrato tipo para el teletrabajo dispone, en la cláusula 1.1, que la Empresa pone a disposición del Trabajador los medios, equipos y herramientas especificados en el Anexo I, aunque para la Sala, ni la cláusula 1.1 del contrato tipo ni los anexos permiten apreciar que se haya cumplido con la exigencia legal, sin perjuicio que numerosos acuerdos individualizados hagan referencia a la entrega de equipamiento consistente en PC, teclado, pantalla, ratón y cascos, etc., razón por la cual se desestima la nulidad de la cláusula, aunque se reconoce el derecho de los concretos trabajadores afectados a reclamar en el caso de incumplimiento del empresario de dotar a los trabajadores de los medios necesarios para teletrabajar, pero resolviendo que esta última cuestión excede del presente marco litigioso.

3. Determinación de la vida útil o periodo máximo para la renovación de los medios, equipos y herramientas

La parte demandante también interesa la nulidad de la cláusula 1.2, en la que se establece la vida útil de los medios necesarios para teletrabajar que ponga a disposición el empresario, sin especificar en el contrato tipo de trabajo a distancia la vida útil de los medios, equipos y herramientas.

En la letra a) del artículo 7 de la Ley de trabajo a distancia se exige que el acuerdo de trabajo a distancia debe señalar la vida útil o periodo máximo para la renovación de los medios, equipos y herramientas, incluidos los consumibles y los elementos muebles.

La Sala constata que en los contratos firmados se indica que la vida útil estimada de estos medios será la indicada en la tabla de amortización que publica el Ministerio de Hacienda, remisión que hace referencia al Reglamento del Impuesto sobre

herramientas, incluidos los digitales, sean universalmente accesibles, para evitar cualquier exclusión por esta causa.

Sociedades[38], que recoge en el anexo la tabla de coeficientes de amortización de los elementos patrimoniales del inmovilizado material, fijando un plazo de 8 años para los equipos para tratamiento de la información y de 6 años para los sistemas y programas informáticos.

Por todo lo razonado, la Sala resuelve que es razonable que los contratos individuales suscritos fijen un plazo de amortización vinculado al que se establece en el impuesto de sociedades, por lo que se rechaza la pretendida nulidad de esta cláusula.

4. Conservación y mantenimiento de los medios puestos a disposición

La cláusula 1.3 del contrato tipo establece que el Trabajador es responsable de los medios, equipos y herramientas puestas a disposición y del mantenimiento del lugar de trabajo en su domicilio privado, así como de cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas por la empresa en cada momento.

En este sentido, en el artículo 21 de la Ley de Trabajo a Distancia se regula que las personas trabajadoras deben cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación con los equipos o útiles informáticos, obligación del trabajador que deriva de la más genérica de diligencia y colaboración en el trabajo que se establece en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores[39].

Igualmente, en la negociación colectiva se puede concretar esta obligación del trabajador que debe seguir las instrucciones de uso y de conservación establecidas por la empresa, sin embargo, para la Sala esto no supone que dichas condiciones deban establecerse necesariamente en la negociación colectiva, es en la propia ley en que se impone esta obligación y en la que se prevé la posibilidad de que el convenio colectivo la concrete, por lo que el contrato de trabajo a distancia es coherente con esta regulación, puesto que este caso el convenio colectivo sectorial no regula el trabajo a distancia.

Respecto a la responsabilidad de la persona trabajadora por los daños causados a los medios puestos a disposición a causa de la mala utilización o del uso negligente o doloso, en la cláusula 1.4 del modelo de acuerdo se establece que el Trabajador es el responsable de los medios y equipos puestos a su disposición por parte de la Empresa y de notificar inmediatamente a la Empresa cualquier defecto o daño en dichos medios puestos a disposición del Trabajador, indicando, también, que el coste de reparación corresponde a la empresa, salvo que los daños producidos deriven de una mala

[38] Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. BOE núm. 189, de 06/08/2004.

[39] 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 24/10/2015.

utilización por parte del Trabajador, en cuyo caso se podrá repercutir el coste de la reparación o de los daños causados a este.

La Sala resuelve la legalidad de esta cláusula fundamentando que, establecida la obligación legal de los trabajadores de cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa, estos responden de su incumplimiento, sin perjuicio de que al empresario le corresponde la acreditación de la conducta culpable o dolosa de la persona trabajadora.

Igual reconocimiento de legalidad reconoce la Sala a la cláusula 1.6 que regula la posibilidad del empresario de descontar del finiquito de la persona trabajadora el precio de los equipos de la empresa puestos a disposición, en el caso de que no sean devueltos al finalizar la relación laboral, fundamentando que estos son propiedad del empresario y que, si se integran en el patrimonio del trabajador, este enriquecimiento debe compensarse con las deudas salariales que componen el finiquito, aunque descontándose de su valor la depreciación según la tablas de amortización. A esto hay que añadir que debería figurar en el recibo de finiquito como salario en especie y aplicarse las deducciones por las cotizaciones a la Seguridad Social y la retención del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

5. Compensación de gastos en el trabajo a distancia

Las partes demandantes consideran que la cláusula 2 del acuerdo tipo, que establece que el Trabajador percibirá la compensación de los gastos en los que incurra a causa del trabajo en lugares fuera de la empresa, según lo previsto en la negociación colectiva sectorial, es nula porque el artículo 7 de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia establece, cuando lo incluye como uno de los contenidos mínimos del acuerdo de trabajo a distancia, que la enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa, y momento y forma para realizar la misma, se haga según la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.

La Sala resuelve, en este caso, la nulidad de la remisión al convenio colectivo sectorial en el acuerdo de trabajo a distancia, fundamentado en que el convenio colectivo de aplicación no establece criterio alguno sobre compensación de gastos, lo que supone que esta cláusula del acuerdo crea un vacío legal, cuando el artículo 12 de la Ley de trabajo a distancia dispone que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos, pero que en todo caso deben ser sufragados o compensados por la empresa, por lo que la falta de

determinación en el convenio exige que este determinado en el propio acuerdo, como uno de sus contenidos mínimos.

Cuando el convenio colectivo no regula esta cuestión necesariamente en el acuerdo se debe enumerar y determinar la forma de cuantificación de la compensación obligatoria, así como el momento y forma de para realizarla [art. 7 b) de la Ley 10/2021].

6. Disponibilidad del trabajador durante la jornada de trabajo a distancia y la desconexión digital

Se solicita la nulidad de la cláusula 3.3 del acuerdo tipo de trabajo a distancia, en la que se indica que, durante las horas de trabajo a distancia, el Trabajador debe asegurarse de encontrarse accesible por teléfono y por correo electrónico a través de su cuenta de Empresa.

En el artículo 18 de la Ley de trabajo a distancia se regula que las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre[40], que exige que el empresario garantice la limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada.

El derecho a la desconexión se vincula al tiempo fuera del horario de trabajo, por lo que la Sala resuelve que la cláusula del acuerdo que durante el tiempo de trabajo el trabajador esté conectado constituye una exigencia conforme a la legalidad.

Cuestión distinta es la propiedad de los medios o equipos que deban emplearse para que esa conexión durante el trabajo se deba producir. Como indica la Sala, el correo electrónico corporativo y teléfono móvil son equipos y herramientas que debe proporcionar el empresario, y asumir el coste de adquisición y de mantenimiento, tal como establece la norma legal.

En este sentido la Sala resuelve que es nula la cláusula 3.4 del acuerdo que establece que los trabajadores deben facilitar a la Empresa, su correo electrónico y número de teléfono personal, por si fuera necesario contactar con él, por urgencias del servicio, porqué es contraria a las obligaciones que la Ley de trabajo a distancia impone al empresario, sin que posibles situaciones de urgencia puedan justificar que sea el trabajador el que ponga sus medios personales a disposición del empresario.

[40] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 06/12/2018.

Respecto al derecho a la desconexión de los trabajadores, el artículo 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 18 de la Ley de trabajo a distancia, reconocen el derecho de los trabajadores a la desconexión digital.

Igualmente, la cláusula 3.6 del acuerdo reconoce el derecho a la desconexión digital fuera del tiempo de trabajo y, por tanto, a no responder a ninguna comunicación y a no atender dispositivos digitales, salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula, considerando que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador.

La parte demandante interesa la nulidad de esta excepción al derecho a la desconexión cuando concurren alguna circunstancia de urgencia justificada y la Sala declara la nulidad de la cláusula 3.6 del acuerdo, en lo referente a la limitación del derecho cuando concurran circunstancias de urgencia, fundamentando que la desconexión digital, como otros, no es un derecho absoluto desde el momento en que convive, ocasionalmente, con otros derechos con los que puede contraponerse, sin embargo, el empresario no puede establecer unilateralmente los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo, sino que, como indica el artículo 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, se sujetará a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

7. Evaluación inicial de los riesgos laborales: recopilación de información de los trabajadores y acceso al domicilio

La cláusula 5.4 del acuerdo dispone que, los trabajadores han de comprometerse a trasladar a la Empresa, toda la información necesaria para que esta pueda determinar los riesgos derivados de los servicios prestados en su lugar de trabajo, y cumplir con la normativa de prevención de riesgos laborales, entregando al Trabajador un cuestionario de Autoevaluación que deberá ser cumplimentado por este en los primeros cinco días tras la firma del acuerdo.

Esta cláusula es impugnada por el sindicato CIG que, alega que el deber empresarial de realizar la evaluación de riesgos laborales, queda desdibujado con la exigencia de la autoevaluación que debe realizar el trabajador.

Precisamente en el artículo 16.2 de la Ley de trabajo a distancia se establece que. la empresa debe obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia, mediante una metodología que ofrezca confianza

respecto de sus resultados. Con esta finalidad, cuando sea preciso debe recogerse esta información mediante visita al lugar en donde se realiza el trabajo a distancia o indirectamente recabando información de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención.

La Sala resuelve que el deber de prevención impone que los riesgos se evalúen, lo que requiere identificarlos [art. 15.1.b) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales[41]]. Precisamente, en el caso del trabajo en el domicilio de la persona trabajadora, el legislador ha dispuesto que esta información se obtenga con una metodología lo menos invasiva posible, lo que se da cumplimiento con la elaboración de un cuestionario con el que se recaba la información de la persona trabajadora con la finalidad de conocer el entorno de trabajo sin afectar su intimidad.

Se ha de advertir que la norma prevé la posibilidad de recabar información directamente de la persona trabajadora en los casos en que no se obtiene el permiso de este para acceder al domicilio particular, y esa visita es necesaria. No parece desproporcionado que el acuerdo establezca, en todos los casos, la obligación del trabajador de facilitar la información necesaria para elaborar la evaluación de los riesgos laborales en el lugar a trabajo mediante un cuestionario, aunque ello no debe eximir de la obligación de realizar visita al lugar de trabajo cuando sea necesario, previo consentimiento de la persona trabajadora cuando se trata del domicilio particular.

Precisamente, sobre la visita de los técnicos de prevención al domicilio particular en donde se realiza el trabajo a distancia o el teletrabajo, se fija en la cláusula 5.5 del acuerdo que cuando las circunstancias así lo requieran, de conformidad con lo previsto en el artículo 16.2 de la Ley 10/2021, el Trabajador autoriza al Servicio de Prevención de Riesgos de la Empresa a entrar periódicamente a su domicilio para que pueda evaluar las condiciones de seguridad y salud del trabajo en el domicilio, con un preaviso mínimo de 7 días.

La Ley de trabajo a distancia en el artículo 16.2 establece que en los casos en que la obtención de la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabajadora a distancia exigiera la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva al lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia, deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención y, en cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física.

[41] Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10/11/1995.

La Sala de la AN resuelve que la cláusula no es acorde con la ley cuando establece una autorización previa genérica e incondicional que facultaría la entrada en el domicilio, sin necesidad de que concurriera la específica necesidad. El artículo 16.2 exige la concurrencia de una razón concreta que lo justifique, razón que debe ser informada por escrito previamente tanto al trabajador como a los delegados de prevención. Pero es que incluso, dándose las condiciones exigidas, la persona trabajadora puede negarse a esa entrada domiciliaria por lo que en tal caso no se llevaría a cabo, realizándose la evaluación en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora, según las instrucciones del servicio de prevención.

8. Reversibilidad de la decisión del trabajo a distancia

En la cláusula 6.1 del acuerdo se establece que la Empresa podrá revocar en cualquier momento la autorización del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los intereses del Trabajador, con un plazo de preaviso adecuado de 15 días si existe una razón de hecho para la revocación, entre las que prevé, de forma sucinta: que se requiera su presencia en la oficina en el domicilio social de la Empresa; que la tarea que realice el trabajador no se preste en la modalidad de teletrabajo; cuando sea necesario realizar una formación de manera presencial y mientras dure esta; cuando haya incidencias técnicas continuas durante 3 días (que no fueran culpa de la Empresa); cuando la actividad del Trabajador cambia y ya no es posible realizarla a distancia o solo lo es en un grado limitado; cuando el lugar de trabajo doméstico no cumple o ha dejado de cumplir las normas de salud y seguridad en el trabajo; cuando el Trabajador comete graves infracciones de contrato; cuando la revocación se hace necesaria por razones operativas; por causas de fuerza mayor; o por bajo rendimiento del trabajador.

Igualmente prevé la posibilidad de que los trabajadores puedan revertir la situación de trabajo a distancia con un plazo de preaviso de 15 días siempre que exista una razón de hecho para ello, como son; que el correcto cumplimiento de las tareas contractuales del Trabajador requiera su presencia en la oficina o en el domicilio social de la Empresa; que la actividad del Trabajador cambie de tal manera que ya no son posibles o sólo lo son en un grado limitado; que el lugar de trabajo doméstico no cumpla o ha dejado de cumplir las normas de salud y seguridad en el trabajo; que las condiciones de salud del Trabajador no permiten o desaconsejan el trabajo a distancia; y la concurrencia de causas de fuerza mayor.

El artículo 5.3 de la Ley de trabajo a distancia establece que la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora. Recuerda la Sala que el trabajo distancia no es una decisión que

dependa exclusivamente del empresario y que pueda “autorizar”, sino que se trata de un acuerdo de voluntades que para ambas partes es reversible.

En el artículo 5.3 y la DA 1ª 2 de la Ley 10/2021 se establece que la negociación colectiva o, en su defecto, el acuerdo de trabajo a distancia, pueden regular el ejercicio de esta reversibilidad.

En este caso el convenio colectivo de aplicación no regula el trabajo a distancia, ni por tanto la reversibilidad, por lo que solo el acuerdo de trabajo a distancia que ambas partes suscriban puede regularlo, por lo que la Sala resuelve que precisamente por tratarse en este caso de un acuerdo de adhesión a unas cláusulas prefijadas por el empresario unilateralmente, en que el trabajador solo tiene la facultad de adherirse, genera la desigualdad de esta parte cuando el empresario preestablece supuestos de reversibilidad que limitan este, considerándolo abusivo y declarando la nulidad de la cláusula 6.1 del acuerdo.

Con la misma fundamentación la Sala considera nula la cláusula 6.3 del acuerdo de trabajo a distancia que establece que la revocación de la autorización del trabajo a distancia no dará lugar a ninguna reclamación de indemnización ni reparación contra la Empresa por la persona trabajadora, por entender que no es admisible el establecimiento de una cláusula general de previa renuncia a derechos para el caso en que el empresario ejerciera la reversibilidad, ya que esta podría en ocasiones resultar contraria a derecho.

En cambio, la Sala resuelve que se ajusta a derecho la cláusula 6.4 que establece que las causas de reversión deberán interpretarse y aplicarse en función de las necesidades concretas de cada campaña en la que esté adscrito el Trabajador y que cuando concurran causas en las que la Empresa puede realizar la revocación será potestad de esta ejercer su derecho a la reversión, dado que se limita a particularizar el ejercicio de la reversibilidad empresarial.

9. Facultad del empresario de vigilancia y control del trabajo a distancia

En la cláusula 7.1 del acuerdo se indica que la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del Trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, siempre en estricto cumplimiento con su dignidad y con lo dispuesto en la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal.

En la misma cláusula se prevé que la empresa establecerá como herramientas de control los sistemas TP Protect y TP Sentinel.

En el artículo 22 de la Ley de trabajo a distancia se faculta a la empresa para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el

cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad.

La Sala resuelve que la cláusula 7.1 del acuerdo se acomoda a la norma legal, distinto hubiera sido si la parte actora acreditara que las herramientas empleadas para ello atentan a su dignidad o comprometen la protección de datos personales, extremos que no han sido alegados ni probados.

Aunque la Sala no entra a valorar que el sindicato demandante alega que el medio de control no ha sido informado a la representación legal de los trabajadores ni se le ha permitido realizar informe previo. A esto debe responderse que ni el artículo 22 de la Ley de trabajo a distancia, ni de forma general el artículo 20 ET, ni el convenio colectivo lo regulan. No obstante, en el artículo 64 ET se establece la obligación del empresario de informar a la representación legal de los trabajadores de aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores y el derecho de estos a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, entro otras, sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

La representación legal de los trabajadores fue informada del contenido del acuerdo tipo de trabajo a distancia y recibió copia de los acuerdos concretos de los trabajadores que se adhirieron, por lo que fueron informados previamente de la herramienta de control, sin embargo, no consta que el empresario solicitara informe previo a la representación legal de los trabajadores, lo cual supone vulnerar el derecho de consulta previsto legalmente.

El incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones de consultar a la representación legal de los trabajadores, establecidas en el artículo 64 ET, es constitutiva de una sanción administrativa por infracción grave en materia de relaciones laborales (art. 7.7 LISOS[42]). Respecto a la posibilidad de que este incumplimiento empresarial vicie la actuación de nulidad, la doctrina judicial se inclina en general por negar la nulidad de la decisión empresarial[43].

[42] Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE núm. 189, de 08/08/2000.

[43] STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) núm. 1123/2001, de 20 diciembre (Rec. 1598/1999); STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 594/2004, de 26 octubre (Rec. 587/2004).

IV. BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA BOTÍA, Alberto. “La configuración normativa del trabajo a domicilio y a distancia (1926-2021)”. En VV.AA. *El trabajo a distancia: una perspectiva global*. ALZAGA RUIZ, I.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; HIERRO HIERRO, F. J. (directores). Aranzadi Editorial:1921.

LUQUE PARRA, Manuel y GINÈS I FABRELLAS, Anna. *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*. CEOE: 2016, p. 21.

GARCÍA NINET, José Ignacio. “Nota introductoria al estudio «El trabajador a domicilio»". En: *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, coord. por Manuel Carlos Palomeque López Árbol académico, Ignacio García-Perrote Escartín Árbol académico; Luis Enrique de la Villa Gil (hom.) Árbol académico, 2006, pp. 603-606.

GARCÍA VIÑA, Jordi. “El teletrabajo como elemento de política activa”. En: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo: XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vigo, 10 y 11 de mayo de 2007, 2008, pp. 409-425.

MONEREO PÉREZ, José Luis; LÓPEZ VICO, Sheila. *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19: Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*. Laborum, 2022.

MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBÀ, Sonia. Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10/2004. Editorial Aranzadi, S.A.U.

POQUET CATALÁ, Raquel. Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 351, 2012, pp. 139-158.

PURCALLA BONILLA, Miguel Angel; HUGO PRECIADO DOMÈNECH, Carlos. *Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012*. Actualidad laboral, núm. 2, 2013, p. 3.

ROMERO BURILLO, Ana María. *El marco regulador del teletrabajo*. Ed. Atelier: 2021.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. *Teletrabajo y poder de dirección: el control a distancia. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza*, 28 y 29 de mayo de 1999, 2000, pp. 939-956.

LA VIDEOVIGILANCIA EN EL TRABAJO DOMÉSTICO: ESPECIAL ATENCIÓN A LA -¿POSIBLE?- INSTALACIÓN DE CÁMARAS OCULTAS

Por

JOSUNE LÓPEZ RODRÍGUEZ
Profesora Doctora de Derecho social de la Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

josunelopezrodriguez@deusto.es

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el alcance de la facultad de control del empleador ejercida a través de cámaras de videovigilancia, en concreto, en el sector del trabajo doméstico. A tal fin, primero, se examinará, desde una perspectiva crítica, el actual marco normativo relativo al control de las personas trabajadoras mediante sistemas de videovigilancia, prestando especial atención al trabajo doméstico. A continuación, se estudiará si es posible instalar cámaras secretas en el domicilio objeto de la prestación de trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta los últimos pronunciamientos más relevantes que los tribunales han dictado sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: Videovigilancia; trabajo doméstico; poder de control empresarial; protección de datos; cámaras ocultas.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE APUNTE SOBRE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO.- III. MARCO NORMATIVO RELATIVO AL CONTROL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TRAVÉS DE SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA: ALUSIÓN AL ÁMBITO DEL TRABAJO DOMÉSTICO.- IV. LA INSTALACIÓN DE CÁMARAS OCULTAS: ¿ES POSIBLE SU UTILIZACIÓN EN EL TRABAJO DOMÉSTICO? 4.1. Consideraciones previas. 4.2. El asunto López Ribalda. 4.3. El caso particular del trabajo doméstico.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

VIDEO SURVEILLANCE IN DOMESTIC WORK: SPECIAL ATTENTION TO - THE POSSIBLE?- INSTALLATION OF HIDDEN CAMERAS

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the scope of the employer's power of control exercised through video surveillance cameras, specifically, in the domestic work sector. To this end, first, the current regulatory framework regarding the control of workers through video surveillance systems will be examined from a critical perspective, paying special attention to domestic work. Next, it will be studied whether it is possible to install secret cameras in the home where the work is done, for which the latest most relevant court's rulings will be taken into account.

KEYWORDS: Video surveillance; domestic work; power of business control; data protection; hidden cameras.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.- II. BRIEF NOTE ON THE REGULATION OF DOMESTIC WORK.- III. REGULATORY FRAMEWORK RELATED TO THE CONTROL OF WORKERS THROUGH VIDEO SURVEILLANCE SYSTEMS: REFERENCE TO THE FIELD OF DOMESTIC WORK.- IV. THE INSTALLATION OF HIDDEN CAMERAS: IS IT POSSIBLE TO USE IT IN DOMESTIC WORK? 4.1. Preliminary considerations. 4.2. The López Ribalda case. 4.3. The particular case of domestic work.- V. CONCLUSIONS.- VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías forman parte indiscutible de la vida social y, como no podía ser de otra manera, también de la vida laboral. Sin perjuicio de los innumerables beneficios que traen consigo las nuevas tecnologías, lo cierto es que su utilización suscita, en muchos casos, controversias jurídicas por su potencial colisión con derechos fundamentales.

En este escenario, el empleo de sistemas de videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales no es un tema pacífico. Al contrario, durante los últimos años, sobre este tema se han ido produciendo manifiestas desavenencias jurisprudenciales que han originado un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica.

Teniendo presente esta realidad, el objeto de este estudio radica en analizar el alcance de la facultad de control del empleador ejercida a través de cámaras de videovigilancia, en concreto, en el sector del trabajo doméstico. A tal fin, primero, se examinará, desde una perspectiva crítica, el actual marco normativo relativo al control de las personas trabajadoras mediante sistemas de videovigilancia, prestando especial atención al sector del trabajo doméstico. Y, a continuación, se estudiará si es posible instalar cámaras secretas en el domicilio objeto de la prestación de trabajo, a partir de los últimos pronunciamientos más relevantes que los tribunales han dictado sobre la materia.

Precisamente, uno de los principales efectos de la incorporación de las nuevas tecnologías a las relaciones laborales es, sin duda, el desmesurado control ejercido respecto de las personas trabajadoras. Esta situación exige buscar un equilibrio entre la preservación de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y los poderes empresariales de dirección y control, máxime en un sector como el trabajo doméstico.

Y es que no puede obviarse que el trabajo doméstico, un sector eminentemente feminizado y representado en un alto porcentaje por personas de nacionalidad extranjera, está caracterizado por una alarmante precariedad y ausencia de trabajo decente, situación que se ha visto agravada como consecuencia de la pandemia de la COVID-19. Además, la deficiente voluntad política y la escasa concienciación social en torno a este colectivo han acentuado su precariedad. Así, se calcula que alrededor del 36% del trabajo doméstico es informal, esto es, se realiza en la economía sumergida, lo que deja en una situación de total invisibilidad, vulnerabilidad y desprotección a las

personas trabajadoras. Otra de las constantes en este sector es la parcialidad -y, en especial, la parcialidad no deseada o involuntaria-, viéndose obligadas muchas personas trabajadoras domésticas a eternizar sus jornadas laborales para simultanear distintos trabajos domésticos a tiempo parcial[1].

En este contexto, la reciente ratificación por parte del Congreso de los Diputados del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos -por cierto, once años después de su aprobación-, constituye un primer paso esencial -aunque tardío- para visibilizar la situación de precariedad que sufre este colectivo, para reconocer la importancia del trabajo doméstico en la economía y, sobre todo, para promover el trabajo digno en este sector.

En este proceso de cambio, resulta oportuno referirse a la aprobación del Real-Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar[2], cuyo objetivo principal es equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, «descartando aquellas diferencias que no solo no responden a razones justificadas, sino que además sitúan a este colectivo de personas trabajadoras en una situación de desventaja particular y que, por tanto, pueden resultar discriminatorias».

II. BREVE APUNTE SOBRE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO

A grandes rasgos, el trabajo doméstico constituye una relación laboral por cuenta ajena. En concreto, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET)[3], determina en su art. 1.1 que el mismo «será de aplicación 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». No obstante, según el art. 2.1.b) del TRLET, la relación laboral del servicio del hogar familiar se considera relación laboral de carácter especial. Ello supone que deba recurrirse a la norma que regula la relación laboral del servicio del hogar familiar para conocer su régimen jurídico.

---

[1] OXFAM INTERMÓN. *Esenciales y sin derechos. O cómo implementar el Convenio 189 de la OIT para las trabajadoras del hogar*. Oxfam Intermón, 2021, disponible en https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/esenciales-sin-derechos-informe-completo.pdf.

[2] BOE de 8 de septiembre de 2022, núm. 216.

[3] BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

En la actualidad, esta relación laboral se encuentra regulada en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar[4].

En la parte expositiva de esta norma reglamentaria se explica que «las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico […] justifican una regulación específica y diferenciada» de la relación laboral común. En concreto, se hace alusión al ámbito donde se presta la actividad, esto es, el hogar familiar, «tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado», y, asimismo, se resalta «el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo»[5]. Estas singularidades revelan cómo «el trabajo doméstico trasciende del mero ámbito profesional de toda relación laboral común»[6].

A pesar del avance que ha supuesto esta norma respecto de la regulación anterior[7], lo cierto es que «sigue justificando las diferencias […] en el estándar protector apoyándose en idéntico motivo […], lo que enervaba cualquier sospecha de regulación discriminatoria»[8].

Dicho esto, en virtud del art. 1.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, «se considera relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar».

En este sentido, la persona trabajadora doméstica será toda persona que de forma dependiente y por cuenta ajena presta servicios retribuidos en el contexto del hogar

[4] BOE de 17 de noviembre de 2011, núm. 277.

[5] En un sentido similar se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, sede Sevilla, de 17 de enero de 2013, núm. Rec. 776/2012, al determinar que «la relación laboral especial de empleadas de hogar, debe su especialidad entre otras cosas, a los sujetos del contrato de trabajo -particulares y familias, no empresas-, y al lugar y forma en que el trabajo se ejecuta, esto es, el hogar familiar, en convivencia con personas que no tienen, como se ha dicho, la consideración de empresa en el sentido coloquial de la palabra» (Fundamento Jurídico Quinto).

[6] LENZI, O. "El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia: el concreto supuesto del trabajo doméstico". En *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2019, núm. 146, p. 180.

[7] Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE de 13 de agosto de 1985, núm. 193).

[8] QUINTERO LIMA, M.G. "¿Discriminatoria? Regulación de la relación laboral especial de trabajo doméstico". En *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, núm. 5, p. 332.

familiar. Y, por su parte, el empleador será el titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos[9].

El art. 1.4 del citado texto normativo determina que el objeto de esta relación laboral especial «son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos».

III. MARCO NORMATIVO RELATIVO AL CONTROL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TRAVÉS DE SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA: ALUSIÓN AL ÁMBITO DEL TRABAJO DOMÉSTICO

A grandes rasgos, la videovigilancia permite «la captación y grabación en un soporte físico de la imagen, así como la repetición ilimitada y el análisis detenido de los fotogramas conservados»[10], por lo que, en el ámbito laboral, se convierte en «un instrumento de supervisión del cumplimiento de la actividad laboral del trabajador y un valioso instrumento de prueba de los incumplimientos»[11].

Evidentemente, la utilización de videovigilancia en el marco de las relaciones laborales es una herramienta «susceptible de ampliar los grandes poderes del empresario y de comprimir claramente los derechos de los trabajadores»[12], de ahí que la delimitación de los límites al uso de estos sistemas de control se ha convertido en un aspecto de controversia judicial[13].

En el concreto ámbito del trabajo doméstico, los sistemas de videovigilancia constituyen, muy probablemente, «el principal y único método de control de la prestación

---

[9] Véase el art. 1.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

[10] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 209.

[11] *Ídem*.

[12] *Ídem*. Sobre la caracterización de las tecnologías de la videovigilancia, puede consultarse GOÑI SEIN, J.L. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007, pp. 15-20.

[13] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Derechos laborales digitales*…, *op. cit*., p. 209 y TALÉNS VISCONTI, E. E. "Vídeo-vigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros". En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2018, vol. 6, núm. 3, p. 77.

laboral»[14] de las personas trabajadoras, pues resulta inviable, por lo general, la instalación de otros medios de control como, por ejemplo, los lectores de huellas dactilares o el control de fichajes. Ahora bien, esta situación, unida al derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio del empleador, no es causa suficiente para vaciar de contenido y desnaturalizar los derechos fundamentales de los que son titulares las personas trabajadoras domésticas[15].

Por ello, resulta necesario analizar el marco regulador del control de las personas trabajadoras mediante videovigilancia, prestando especial atención a su incidencia en el ámbito del trabajo doméstico.

A tal fin, primero, conviene tener presente el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD)[16], cuya entrada en vigor ha supuesto «un cambio de paradigma del modelo europeo de protección de datos»[17].

El art. 2 RGPD, que delimita su ámbito de aplicación material, determina que el mismo se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. Ahora bien, el apartado 2.c) del citado art. 2 excluye expresamente de la aplicación del RGPD el tratamiento de datos personales «efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas» (apartado 2.c).

Teniendo en consideración que el presente estudio se centra en el trabajo doméstico, cabe preguntarse si las actividades llevadas a cabo por una persona trabajadora en el marco del empleo de hogar entran, o no, en esta excepción.

A este respecto, se explica más detalladamente en el Considerando 18 RGPD que el mismo no se aplica «al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Entre las actividades personales o domésticas cabe incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el

[14] LENZI, O. "El control de la prestación laboral a través de…, *op. cit*., p. 183.

[15] *Ídem*.

[16] DOUE de 4 de mayo de 2016, L 119.

[17] BAZ RODRÍGUEZ, J. "La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático". En *Trabajo y Derecho*, 2019, núm. 54, p. 49

contexto de las citadas actividades. No obstante, el presente Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas».

Claro está, pues, que no puede aplicarse esta «excepción doméstica»[18] al caso objeto de estudio porque se trata de una relación laboral -aunque calificada como especial-. No obstante, dicha excepción evidencia que «el ámbito doméstico es un lugar bien específico y singular desde la perspectiva de la protección de datos personales»[19].

Esta conclusión supone que, al igual que en las relaciones laborales comunes, en el supuesto de las personas trabajadoras que prestan sus servicios en el empleo de hogar deba tenerse como base el art. 20.3 TRLET, en el que se regula -de manera exigua y muy general- el poder de vigilancia y control empresarial[20].

En virtud de este artículo, el empleador puede adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, para lo cual se establece como único límite la consideración debida a su dignidad y, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad[21]. De este modo, el TRLET reconoce al empleador «un amplísimo poder de vigilancia y control, solo limitado por el respeto a la dignidad humana del trabajador, que no deja de ser una genérica declaración, que comporta evidentes dudas aplicativas sobre los límites del poder de control empresarial»[22].

Igualmente, resulta necesario tener en cuenta el nuevo art. 20 bis TRLET, introducido por la disposición final decimotercera de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, para comprobar cuál es el alcance de la videovigilancia como sistema de control empresarial (en adelante, LOPDGDD)[23], en el que se regulan los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Resulta curiosa y llamativa la ubicación en el TRLET de estos derechos digitales, pues en lugar de incluirlos en el art. 4, en el que se enumeran los derechos laborales, el legislador ha optado por incluirlos en el marco del poder de dirección y control del empresario «como una concreción de la

---

[18] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2022, núm. Rec. 701/2021, Fundamento Jurídico Tercero, apartado 4.

[19] *Ídem*.

[20] LENZI, O. "El control de la prestación laboral a través de…, *op. cit*., p. 181.

[21] SÁNCHEZ PÉREZ, J. "El conflicto entre el control empresarial y el derecho a la intimidad en la era de las nuevas tecnologías". En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, núm. 59, p. 483.

[22] GOÑI SEIN, J.L. "Vigilancia empresarial y protección de datos: doctrina jurisprudencial". En *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Derecho del Trabajo*, 2019, núm. 143, p. 191.

[23] BOE de 6 de diciembre de 2011, núm. 294.

obligación del empresario de respetar la dignidad de los trabajadores al adoptar medidas de control»[24].

Hecho este inciso, debe señalarse que el precepto reconoce expresamente el derecho a la intimidad de los trabajadores frente al uso de dispositivos de videovigilancia. No es esta una cuestión baladí, en tanto en cuanto «la intensidad y la permanencia del control tecnológico pueden suponer un salto cualitativo respecto al control personal»[25].

Ahora bien, el art. 20 bis TRLET se limita a reconocer tal derecho y se remite a la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales para conocer su alcance. Este precepto recoge, pues, una «remisión en bloque»[26] a toda la regulación en materia de protección de datos.

Por consiguiente, debe acudirse a la ya citada LOPDGDD, cuya aprobación ha supuesto un cambio en el «panorama de anomia e indiferencia del legislador hacia el papel de los derechos fundamentales en el ámbito de las facultades de control empresarial»[27], aunque, en realidad, se trata de un cambio normativo «quizá más lleno de sombras que de luces»[28]. De este modo, aunque la aprobación de esta norma constituye un avance significativo en la materia, «conviene no llamarse a engaño, porque dicha Ley Orgánica es bastante limitada y ha dejado abiertos […] una serie de importantes problemas interpretativos, que habrán de ser resueltos por los órganos judiciales»[29].

Dicho esto, en el marco de la LOPDGDD son dos los preceptos que regulan la videovigilancia y que resultan de aplicación en el ámbito de las relaciones laborales, a saber, el art. 22 -Tratamientos con fines de videovigilancia-, y el art. 89 -Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el

[24] ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda (II)". En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 55, p. 330.

[25] DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B. "Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia". En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, núm. 39, p. 4.

[26] PASCUAL, J. "López Ribalda II, la utilización de cámaras de video-vigilancia en las relaciones laborales: ¿se puede prescindir del deber de información?". En *Diario La Ley*, 2020, núm. 9555, p. 4.

[27] GOÑI SEIN, J.L. "Vigilancia empresarial y protección de datos…, *op. cit*., p. 192.

[28] MOLINA NAVARRETE, C. "La Constitución social del trabajo («decente»): ¿un divorcio entre el ideal normativo y la cruda realidad en busca de «nuevo convenio regulador» o de «reconciliación»?". En *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 429, p. 25.

[29] GOÑI SEIN, J.L. "Vigilancia empresarial y protección de datos…, *op. cit*., p. 193.

lugar de trabajo-, regulación que, en términos generales, no merece una valoración positiva[30].

Antes de proceder a analizar el alcance de estos dos artículos, conviene destacar que ambos son complementarios entre sí y exigen una lectura conjunta[31]. Así, el régimen general acerca del tratamiento de datos obtenidos mediante cámaras regulado en el art. 22 LOPDGDD, debe complementarse con las singularidades de la regulación específica que opera en el ámbito laboral contenidas en el art. 89, apartados 1 y 2.

El art. 22, relativo a los tratamientos con fines de videovigilancia, dispone, de manera general, que «las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones» (apartado 1). Más concretamente, en lo que al contexto laboral se refiere, se determina que «el tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el art. 89 de esta ley orgánica» (apartado 8).

Por su parte, el art. 89 LOPDGDD, ubicado en el Título X -Garantía de los derechos digitales- reconoce y regula el derecho a la intimidad de los trabajadores frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo -nótese, por cierto, que no se hace referencia expresa en este precepto al derecho a la protección de datos personales-[32]. Es preciso adelantar que se trata de un precepto realmente deficiente lleno de vicios jurídicos que «requiere de un profundo trabajo de reconstrucción interpretativa»[33].

---

[30] *Vid*. MIÑARRO YANINI, M. "La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación". En *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, núm. 430, p. 9.

[31] BAZ RODRÍGUEZ, J. "La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario…, *op. cit*., p. 62 y PASCUAL, J. "López Ribalda II, la utilización de cámaras de video-vigilancia…, *op. cit.*, pp. 4-5.

[32] Tal y como explican GARCÍA MURCIA, RODRÍGUEZ CARDO y ÁLVAREZ ALONSO, «estamos ante un precepto legal que se ha nutrido de manera muy patente de la jurisprudencia acumulada a lo largo de estos últimos años en el sistema español […] y la STEDH López Ribalda» (GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D. "Poderes empresariales y derechos del trabajador en el contexto de las nuevas tecnologías: aportaciones recientes de la legislación española". En *Minerva: Revista de Estudos Laborais*, 2019, núm. 2, p. 220).

[33] MOLINA NAVARRETE, C. "Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario". En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Dirs.). *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 99. En un sentido similar, RODRÍGUEZ ESCANCIANO tacha la redacción del precepto de «equívoca y deficiente» (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Derechos laborales digitales*…, *op. cit*., p. 217).

Por un lado, el apartado segundo del art. 89 prohíbe explícitamente la instalación de sistemas de videovigilancia en ciertas «zonas infranqueables»[34] donde la intimidad de las personas trabajadoras alcanza su grado máximo, como son los lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores -vestuarios, aseos, comedores y análogos-. Constituye esta una disposición abierta que enumera, de manera ejemplificativa y no exhaustiva, los lugares ajenos a la ejecución de la prestación laboral[35].

Por otro lado, el apartado primero del art. 89, dividido en dos párrafos, recoge dos supuestos diferenciados -una regla general y una excepción a la regla general-, en los que la rigurosidad del deber de información que exige la utilización de videovigilancia como medida de control laboral con fines disciplinarios varía en función de las circunstancias concurrentes.

Así, el primer párrafo de este precepto determina que los empleadores pueden tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de las personas trabajadoras previstas en el art. 20.3 TRLET, siempre que estas funciones se ejerzan «dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo» -fórmula esta última «vacía de contenido regulador»[36]-.

Esto supone que el empleador, por una parte, debe ejercer su poder de control legalmente y dentro de los límites relativos a la proporcionalidad, necesidad e idoneidad, y por otra parte, debe informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de la utilización de la medida de videovigilancia[37].

De este modo, la implementación de medidas de videovigilancia exige, «como elemento condicionante de su licitud»[38], el cumplimiento por parte del empleador del deber de información. Y este deber es, sin duda, el aspecto más conflictivo en el uso de cámaras de videovigilancia en las relaciones laborales[39].

---

[34] PASCUAL, J. "López Ribalda II, la utilización de cámaras de video-vigilancia…, *op. cit.*, p. 5

[35] BAZ RODRÍGUEZ, J. "La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario…, *op. cit*., p. 71.

[36] MIÑARRO YANINI, M. "La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores…, *op. cit*., p. 9. A este respecto, resulta oportuno traer a colación la pregunta que acertadamente lanza MOLINA NAVARRETE: «¿no era la misión de este precepto precisar esos límites, fraguando un marco legal claro, no diluido en un juego de reenvíos cruzados continuos?» (MOLINA NAVARRETE, C. "Régimen legal de los sistemas de control laboral…, *op. cit*., p. 77).

[37] LÓPEZ BALAGUER, M. "El control empresarial por videovigilancia en la LOPD". En *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2019, núm. 151, p. 362.

[38] BAZ RODRÍGUEZ, J. "La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario…, *op. cit*., p. 65.

[39] PASCUAL, J. "López Ribalda II, la utilización de cámaras de video-vigilancia…, *op. cit.*, p. 2.

Así, los trabajadores y, en su caso, sus representantes[40], tienen que ser informados con anterioridad a la instalación de los sistemas de videovigilancia de que estos tienen una función concreta de control laboral y de sus características[41]. La norma no clarifica «si la información previa va referida a una antelación general desde que se adopta la medida o a una antelación específica si la videovigilancia se concreta en uno o varios trabajadores»[42]. Asimismo, cabe observar que el legislador describe detalladamente cómo tiene que ser dicha información previa -«expresa, clara y concisa»-, pero se refiere de forma vaga e incierta al contenido de dicha información -«acerca de esta medida»-. Al hilo de esta cuestión, «pueden existir dudas sobre si es exigencia legal concretar la finalidad o finalidades para las que se establecen las medidas de control empresarial, y si incluye la finalidad sancionadora para el caso de que se graben incumplimientos laborales»[43]. Sin embargo, se considera que esta indeterminación no debe entenderse como una relajación del deber de información que permite informar de forma genérica sobre la instalación del sistema de videovigilancia[44]. En este sentido, a pesar de que la normativa no requiere expresamente al empleador informar sobre la finalidad y el alcance concreto de la instalación, «parece lógico pensar que se trata de uno de los contenidos esenciales que integran el deber de información empresarial»[45].

A este respecto, la doctrina laboralista ha reconocido que la videovigilancia como sistema de control permanente y continuado no será admisible por norma general en las empresas, en tanto en cuanto «resultará desproporcionado un sistema que permita el seguimiento continuo de la actividad laboral monitorizando por completo su actividad laboral, dado que una videovigilancia genérica y permanente con finalidad de control laboral no es admisible en el marco del derecho fundamental, ni siquiera cumpliendo con la obligación de información»[46]. Más concretamente, en lo que al ámbito del empleo de

---

[40] En virtud del art. 64.1 TRLET «el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo».

[41] *Vid*. NAVARRO NIETO, F. "Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido". En *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2019, núm. 150, p. 85.

[42] Sentencia del Juzgado de lo Social de Pamplona, Sección 3ª, de 18 de febrero de 2019, núm. 52/2019, Fundamento Jurídico Segundo.

[43] *Ídem*.

[44] ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La videovigilancia encubierta en la…, *op. cit*., p. 343.

[45] SERRANO OLIVARES, R. "Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales". En *IUSLabor*, 2018, núm. 3, p. 223.

[46] LÓPEZ BALAGUER, M. "El control empresarial por videovigilancia…, *op. cit.*, p. 362. Asimismo, puede consultarse GOÑI SEIN, J.L. "Vigilancia empresarial y protección de datos…, *op. cit*., p. 207.

hogar se refiere, el Tribunal Supremo ha argumentado recientemente que «un sistema de videovigilancia permanente, sobre el que desde luego habría que proporcionar la información previa mencionada, podría estar difícilmente justificado y resultar desproporcionado»[47].

De manera excepcional, el art. 89.1, párrafo segundo, señala que en el caso de que mediante el sistema de videovigilancia se hubiera captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores, se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el art. 22.4 LOPDGDD, esto es, la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en el RGPD[48]. Este se trata, ciertamente, del control indirecto de la relación laboral que procede del descubrimiento casual de conductas sancionables mediante un sistema de videovigilancia previsto con fines de seguridad[49], supuesto en el cual el legislador «debilita la intensidad informativa»[50].

Resulta oportuno detenerse en el alcance de esta excepción, para lo cual conviene examinar los términos -ambiguos e imprecisos- empleados por el legislador -«comisión flagrante de un acto ilícito»-[51].

En lo que se refiere a la expresión -poco clara e indeterminada- «acto ilícito», cabe preguntarse si el legislador se refiere de manera general a cualquier acto ilícito, esto es, a cualquier acto contrario al ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, alude solamente a ilícitos de naturaleza penal, es decir, a delitos[52]. Si bien la lectura de esta expresión desde una perspectiva tuitiva lleva a hacer una interpretación restrictiva de la misma y a vincularla con los ilícitos penales, la interpretación literal e histórica de la norma

---

[47] STS, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2022, núm. Rec. 701/2021, Fundamento Jurídico Tercero, apartado 4.

[48] Esta información se corresponde con lo establecido en el art. 3 de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras (BOE de 12 de diciembre de 2006, núm. 296).

[49] ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La videovigilancia encubierta en la…, *op. cit*., p. 344.

[50] MIÑARRO YANINI, M. "La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores…, *op. cit*., p. 9.

[51] En este mismo sentido, puede consultarse GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D. "Poderes empresariales y derechos del trabajador…, *op. cit*., p. 221.

[52] SERRANO OLIVARES, R. "Los derechos digitales en el ámbito laboral…, *op. cit.*, p. 223. Sobre esta cuestión, señala el Juzgado de lo Social de Pamplona que «queda indeterminado o no definido el concepto de acto ilícito, y no se expresan las razones que justificaron que de la redacción inicial del proyecto de ley del Gobierno -que se refería a la captación de un delito- se haya pasado en la redacción final del precepto a la referencia a la captación por las cámaras de vigilancia de la comisión fragante de un acto ilícito a los efectos de exigir sólo para cumplir las exigencias de protección del derecho y la validez de la prueba que el empresario hubiera colocado el cartel informativo sobre zona videovigilada» (SJS de Pamplona, Sección 3ª, de 18 de febrero de 2019, núm. 52/2019, Fundamento Jurídico Segundo).

conducen a la extensión de su significado. Teniendo en cuenta que la redacción inicial del proyecto de ley se refería expresa y únicamente a la captación de un acto delictivo, la inclusión en el texto final de la expresión general «acto ilícito» parece evidenciar la voluntad del legislador de ampliar su alcance e incluir no solamente los ilícitos penales sino también los laborales[53]. Ahora bien, sostener que esta excepción «ampara la extensión de la compatibilidad de las imágenes de los trabajadores a cualquier supuesto de incumplimiento laboral es muy cuestionable por un doble motivo: primero, porque no tendría sentido la doble regulación establecida, y segundo, porque no está amparado por el RGPD y se llegaría a una especie de quiebra del principio de finalidad»[54].

Con respecto al adjetivo «flagrante», el mismo denota que a través de la videovigilancia se capta una conducta en el momento en el que se está cometiendo de manera evidente. Empero, tampoco está claro el verdadero alcance del carácter flagrante de la comisión del acto ilícito, lo que da lugar a distintas interpretaciones[55]. Desde una perspectiva restrictiva, puede entenderse que la conducta sancionable tiene que ser aquella que se descubre por la cámara identificada y no informada de manera sorpresiva e inesperada. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia, puede interpretarse que las conductas sancionables también pueden descubrirse por la videovigilancia identificada y no informada cuando su utilización se basa en fundadas sospechas de alguna conducta ilícita.

En fin, «parece que la coordinación entre las normas nacionales e internacionales no termina de clarificar del todo si el deber de los empleadores de informar previamente a los trabajadores se entiende cumplido con la imposición del distintivo únicamente en aquellos supuestos en los que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito, o también, en aquellos supuestos en los que se sospecha que se ha cometido el susodicho acto ilícito»[56].

Hechas estas matizaciones en relación con la excepción contemplada en el párrafo segundo del art. 89.1, resulta oportuno traer a colación el significativo Voto particular formulado por cinco Magistrados del Tribunal Constitucional a la reciente Sentencia

---

[53] A este respecto, véanse ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La videovigilancia encubierta en la…", *op. cit*., p. 345; LÓPEZ BALAGUER, M. "El control empresarial por videovigilancia…, *op. cit.*, p. 365; y SERRANO OLIVARES, R. "Los derechos digitales en el ámbito laboral…", *op. cit.*, p. 223.

[54] GOÑI SEIN, J.L. "Vigilancia empresarial y protección de datos…", *op. cit*., p. 205. En un sentido similar, *vid*. MIÑARRO YANINI, M. "La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores…," *op. cit*., p. 10.

[55] LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F. "Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad". En *Lex Social: Revista jurídica de los derechos sociales*, 2020, vol. 10, núm. 2, p. 530.

[56] BOHIGES ESPARZA, M.D. "¿Cuándo se entiende cumplido el deber de información a la luz de la Ley Orgánica 3/2018?". En *Revista de Derecho Social*, 2020, núm. 92, pp. 113-114.

119/2022, de 29 de septiembre, relativa al despido de un trabajador en el que se utilizaron como medio de prueba las imágenes captadas por videovigilancia.

Pues bien, en dicho Voto particular, los Magistrados argumentan que la posibilidad excepcional contemplada en la LOPDGDD de que en el caso concreto de la captación de la comisión flagrante de un acto ilícito resulte suficiente -como garantía del derecho fundamental a la protección de datos- el cumplimiento del deber genérico de información mediante dispositivos que adviertan de la existencia del sistema de control videográfico, «tiene necesariamente un alcance muy limitado».

En este sentido, consideran los Magistrados que la comprobación de la concurrencia de una situación de flagrancia en la captación de la imagen y la presencia en el lugar de trabajo de los carteles anunciadores de la existencia del sistema de videovigilancia no son suficientes para legitimar, desde la perspectiva del art. 18.4 del texto constitucional -que ampara el derecho fundamental a la protección de datos-, el uso de las imágenes captadas con fines disciplinarios. Así, se defiende en el Voto particular que será necesario, además, que se den «cumplidas razones por parte del empleador respecto de su incumplimiento», habida cuenta de la naturaleza esencial y principal del deber específico de información a los trabajadores en cuanto garantía del derecho fundamental. En efecto, entienden acertadamente los Magistrados que, de lo contrario, «se estaría poniendo en un mismo nivel valorativo la regla general y la excepción», y, «contra la voluntad del legislador orgánico, se estaría propiciando que el empleador optara por el incumplimiento continuado de la regla general del deber específico de información a sus trabajadores fiándolo todo, ante la existencia de carteles genéricos informativos, a la eventual concurrencia de la flagrancia en la captación para legitimar el uso disciplinario de las imágenes obtenidas».

Con base en estas consideraciones, estiman los Magistrados que la captación y uso de imágenes de hechos ilícitos flagrantes de los trabajadores con el simple cumplimiento del deber general de instalación de dispositivos informativos sobre el sistema de videovigilancia no estará justificado si no se da «cumplida explicación de las razones por las que se ha omitido el deber específico de información a los trabajadores y/o sus representantes». Precisamente, infiere el Voto particular que una interpretación extensiva de la excepción contemplada en el art. 89.1, párrafo segundo, desvirtúa y vacía de contenido la garantía que para el derecho a la protección de datos de los trabajadores supone el deber específico de información[57].

[57] En relación con este supuesto, entiende BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ que el criterio seguido por la opinión mayoritaria y reflejado en la sentencia vacía de contenido al art. 89.1 LOPDGDD, «relegándolo a un mero formalismo» y que «esta laminación en la protección de este derecho fundamental de los trabajadores, podría precipitar un efecto perverso, al debilitar los efectos del incumplimiento empresarial del deber general de información, y por consiguiente, los incentivos

En suma, la normativa interna de protección de datos permite la instalación de sistemas de videovigilancia para, por un lado, preservar la seguridad de las personas, bienes e instalaciones -art. 22 LOPDGDD- y, por otro lado, controlar a las personas trabajadoras -art. 89 LOPDGDD-. Ahora bien, como se ha visto, la regulación del tratamiento de imágenes con fines de control laboral resulta «más incisiva»[58] que la prevista para preservar la seguridad.

Así, la LOPDGDD establece, por un lado, una regla general, en virtud de la cual la videovigilancia como sistema ordinario de control laboral solo podrá emplearse cuando previamente se hubiera informado de manera expresa, clara y concisa acerca de su utilización, siempre dentro de los límites relativos a la proporcionalidad, necesidad e idoneidad; y, por otro lado, una excepción, según la cual la videovigilancia identificada pero no informada instalada con fines de seguridad únicamente podrá utilizarse con propósitos laborales cuando se hubiera captado la comisión flagrante de un acto ilícito -en este punto, podría añadirse, tal y como dicta el Voto particular al que se ha hecho alusión, que, además, el empleador pudiera justificar razonadamente el incumplimiento de su deber específico de información[59]-.

En este contexto, el deber de información debe cumplirse como garantía del derecho de los trabajadores a la protección de datos personales y, en especial, «en el concreto supuesto del trabajo doméstico en el que las posibilidades de que se generen conflictos derivados de los derechos fundamentales de sendas partes son mayores»[60]. Así pues,

---

para cumplir con él» [BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "Cámaras de vigilancia, intimidad y protección de datos: prueba lícita y despido procedente (STC 119/2022)". En *Blog Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, entrada de 25 de octubre de 2022 (https://ignasibeltran.com/2022/10/25/camaras-de-vigilancia-intimidad-y-proteccion-de-datos-prueba-licita-y-despido-procedente-stc-119-2022/)]. En esta misma línea, BAZ RODRÍGUEZ explica que «la aplicación generalizada e inmatizada de esta previsión normativa a los supuestos de videovigilancia ordinaria […] acabaría vaciando *de facto* el deber general de información en los términos previamente proclamados en el primer párrafo del artículo 89.1, aniquilando completamente la interpretación adaptativa y tutelar de los principios de transparencia y de lealtad efectuados por la norma laboral: la eventual constatación *a posteriori* de una conducta ilícita acabaría blanqueando o regularizando, de hecho, la puesta en marcha inicialmente irregular de un sistema de videovigilancia sin información previa y expresa a los trabajadores y a sus representantes» (BAZ RODRÍGUEZ, J. "La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario…, *op. cit*., p. 67). Por su parte, GOÑI SEIN considera que «si el art. 89.1 LOPDyGDD legitima el tratamiento de los datos (imágenes) de los trabajadores mediante la simple observancia de la colocación de carteles informativos y disposición de formularios (que es la única suerte de requisito esencial exigido) cuando se realice el tratamiento de imágenes con fines de seguridad, se desvanece la eficacia sustancial de la doble previsión (separación). Qué necesidad tiene el empleador de cubrir los requisitos específicos del artículo 89.1 LOPGDyGDD si colocando un cartel informativo -la condición verdaderamente importante del artículo 22 de la ley para realizar el tratamiento de imágenes con fines de seguridad-, puede tratar imágenes de los trabajadores» (GOÑI SEIN, J.L. "Vigilancia empresarial y protección de datos…, *op. cit*., p. 206).

[58] *Ibídem*, p. 204.

[59] *Vid*. LÓPEZ BALAGUER, M. "El control empresarial por videovigilancia…, *op. cit.*, p. 370.

[60] LENZI, O. "El control de la prestación laboral a través de…", *op. cit*., p. 183.

las singularidades que caracterizan a este trabajo «no pueden servir como motivo para justificar la libertad del empleador para rehuir de los derechos fundamentales de un colectivo, ya de por sí, históricamente precarizado»[61]. En efecto, no debe olvidarse que se está «en presencia de una relación laboral, con independencia de sus características, y que la protección de los derechos fundamentales no puede ni debe distinguir según cual sea la actividad desarrollada y el lugar donde se prestan los servicios, so pena de la devaluación de una determinada actividad profesional»[62]. En todo caso, las peculiaridades de este colectivo «debieran ser la causa promotora de una mayor dotación de garantías»[63].

Si bien este es el marco normativo -aunque poco claro- que debe tenerse en consideración respecto de la implementación de sistemas de videovigilancia en el trabajo doméstico, lo cierto es que, en la práctica, la cuestión es mucho más compleja. Ciertamente, «resulta difícil pensar que en un sector en el que no se cumple ni la propia normativa reguladora de la relación laboral especial al servicio del hogar familiar, se vaya a cumplir aquella relativa a la protección de datos»[64].

IV. LA INSTALACIÓN DE CÁMARAS OCULTAS: ¿ES POSIBLE SU UTILIZACIÓN EN EL TRABAJO DOMÉSTICO?

4.1. Consideraciones previas

A partir del análisis realizado en el apartado anterior, puede constatarse que la LOPDGDD exige al empleador informar a las personas trabajadoras sobre la existencia de cámaras en el lugar de trabajo o, cuando menos, identificar dicho sistema de grabación.

Ahora bien, ¿puede obviarse tal información previa en algún supuesto específico? O, planteada la pregunta de otra manera, ¿pueden instalarse en algún caso cámaras ocultas o *ad hoc* sin informar con carácter previo sobre las mismas? Y, más concretamente, ¿pueden utilizarse cámaras secretas en el sector del trabajo doméstico?

Este se trata, sin duda, del supuesto de control por videovigilancia más complejo y conflictivo, puesto que su eficacia depende de la ausencia de información y, recuérdese,

[61] *Ibídem*, p. 184.

[62] ROJO TORRECILLA, E. "Sobre los límites al control por videovigilancia del personal del servicio doméstico. Notas a la sentencia del TSJ de Galicia de 28 de junio de 2021". En *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 18 de septiembre de 2021 (http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/09/sobre-los-limites-al-control-por.html).

[63] LENZI, O. "El control de la prestación laboral a través de…", *op. cit*., p. 184.

[64] *Ibídem*, p. 181.

el derecho de información que tienen las personas trabajadoras constituye «la piedra angular del derecho a la protección de datos personales»[65].

Antes de la entrada en vigor de la LOPDGDD, esta complejidad quedó patente en la disparidad de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia y la ausencia de un criterio uniforme[66]. Precisamente, mientras algunas resoluciones respaldaron la omisión del deber de información en el uso de cámaras en las relaciones laborales cuando existen sospechas fundadas de un comportamiento ilícito[67], otras abogaron por una proscripción de la videovigilancia encubierta[68].

Si se tiene en cuenta la regulación actual y, en concreto, el tenor literal del art. 89.1 LOPDGDD, una respuesta inicial a las cuestiones planteadas sería negativa, al entender que la norma «no contempla una habilitación legal para la vigilancia totalmente secreta»[69] y exige en todo caso -de manera más o menos rigurosa, según se trate de la norma general o la excepción- el cumplimiento del deber de información[70]. Y es que la norma «viene a limitar la opción legal de la videovigilancia "como mínimo" a las cámaras identificadas y no informadas»[71]. Por lo tanto, atendiendo a la literalidad del art. 89 -precepto que, tal y como se ha advertido, adolece de la deseable claridad jurídica-, podría concluirse que la normativa actual no permite el uso de cámaras ocultas o secretas, ni siquiera en el caso de que existan fundadas sospechas de ilícitos laborales[72].

---

[65] ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La videovigilancia encubierta en la…", *op. cit*., p. 345.

[66] Acerca de esta cuestión, véanse GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D. "Poderes empresariales y derechos del trabajador…", *op. cit*., p. 222 y MONTESDEOCA SUÁREZ, A. "La videovigilancia en el ámbito laboral: el poder de control del empresario *versus* el derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras". En *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social,* 2022, núm. 5, pp. 292-293.

[67] Entre otras, las SSTC 86/2000, de 10 de julio, Fundamento Jurídico Séptimo (BOE de 11 de agosto de 2000, núm. 192) y 39/2016, de 3 de marzo, Fundamentos Jurídicos Séptimo y Octavo (BOE de 8 de abril de 2016, núm. 85), y la STS, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2017, núm. rec. 3331/2015, Fundamento Jurídico Segundo.

[68] Puede consultarse la STC 29/2013, de 11 de febrero, Fundamento Jurídico Séptimo (BOE de 12 de marzo de 2013, núm. 61).

[69] BAZ RODRÍGUEZ, J. "Protección de datos y garantía de los derechos digitales laborales en el nuevo marco normativo europeo e interno (RGPD 2016 y LOPD-GDD 2018)". En *Ars Iuris Salmanticensis*, 2019, vol. 7, p. 161.

[70] En este mismo sentido, véase LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F. "Control empresarial del uso de dispositivos digitales…, *op. cit*., p. 531.

[71] LÓPEZ BALAGUER, M. "El control empresarial por videovigilancia…, *op. cit.*, p. 368.

[72] Así lo interpretó el Juzgado de lo Social de Pamplona, Sección 3ª, en la citada sentencia de 18 de febrero de 2019, núm. 52/2019, una de las primeras sentencias interpretativas de la actual LOPDGDD, en la que concluyó que «efectivamente, dado que existe un deber de informar previamente al trabajador de la instalación de las cámaras de vigilancia, ya no serán posibles y quedan absolutamente prohibidas las grabaciones encubiertas u ocultas, que es tanto como decir no informadas. Las sospechas de irregularidades graves en el desempeño de la actividad laboral

Sin embargo, esta primera impresión decae con el posicionamiento de la Gran Sala del Tribunal Europeo Derechos Humanos en la Sentencia de 17 de octubre de 2019 (demandas 1874/13 y 8567/13) -caso López Ribalda II-. Ciertamente, este fallo «sí reconoce y reafirma una norma de excepción respecto de la regla general de la transparencia de calidad»[73] al aceptar, en algunos supuestos, la legitimidad del uso de cámaras ocultas en el lugar de trabajo. Conviene subrayar, no obstante, que esta interpretación «carece de respaldo legal»[74], ya que no puede subsumirse en la excepción recogida en el párrafo segundo del art. 89.1 LOPDGDD[75].

Esta sentencia ha suscitado reacciones muy diversas y contrapuestas en la doctrina. Así, mientras algunos autores consideran que «no hay duda de que la sentencia es importante»[76], que se trata de «un pronunciamiento de gran interés que alcanza un razonable punto de equilibrio»[77] y que la posición del Tribunal es «garantista»[78], otros estiman que constituye «un claro retroceso, en cuanto permite y legitima expresamente el uso de videovigilancia oculta absoluta en determinados casos, sin considerar al deber de información como una obligación positiva cuyo cumplimiento íntegro debe analizarse

no legitiman una excepción del deber de informar de la grabación que afecta al puesto objeto de sospecha, ni exonera de cumplir las exigencias del RGPD. La empresa siempre dispone de un medio de defensa de sus intereses, como es el anuncio de la grabación de las imágenes y de la finalidad, que ofrece ya una protección sobre su patrimonio por la función disuasoria que razonablemente debe producir» (Fundamento Jurídico Segundo).

[73] MOLINA NAVARRETE, C. "Régimen legal de los sistemas de control laboral…, *op. cit*., p. 92.

[74] ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La videovigilancia encubierta en la…, *op. cit*., p. 358. Igualmente, véase SERRANO OLIVARES, R. "Los derechos digitales en el ámbito laboral…, *op. cit.*, p. 223.

[75] Como dice MOLINA NAVARRETE, la excepción de las cámaras ocultas «nada tiene que ver con la prevista en el párrafo 2º del art. 89 LOPD-GDD» (MOLINA NAVARRETE, C. "Régimen legal de los sistemas de control laboral…, *op. cit*., p. 92). Por su parte, explica ALTÉS TÁRREGA que encuadrar esta excepción en el art. 89.1., párrafo segundo, de la LOPDGDD «requiere forzar y distorsionar su literalidad, puesto que este precepto se refiere exclusivamente al denominado hallazgo casual, esto es a la captación flagrante de ilícitos laborales mediante un sistema de videovigilancia con fines de seguridad» (ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La videovigilancia encubierta en la…, *op. cit*., p. 358).

[76] ROJO TORRECILLA, E. "Medias verdades y fake news en el mundo jurídico. No cabe todo en la videovigilancia de una persona trabajadora. A propósito de la sentencia "López Ribalda" de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 (y recordatorio de la Sentencia de Sala de 9 de enero de 2018 y del caso Barbulescu II, sentencia de Gran Sala de 5 de septiembre de 2017)". En *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 23 de octubre de 2019 (http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/medias-verdades-y-fake-news-en-el-mundo.html).

[77] MERCADER UGUINA, J.R. "López Ribalda II: un camino de ida y vuelta". En *El Foro de Labos*, entrada de 30 de octubre de 2019 (https://www.elforodelabos.es/2019/10/lopez-ribalda-ii-un-camino-de-ida-y-vuelta-2/).

[78] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G. "Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019" (núm. 1874/13 y 8567/13) (Asunto López Ribalda II). En *Revista de jurisprudencia laboral,* 2019, núm. 8, edición digital.

de forma previa y separada respecto del principio de proporcionalidad»[79], que «abre una peligrosa puerta a la tolerancia de recopilación de datos del trabajador a través de un control oculto absoluto»[80] y que «los operadores jurídicos volverían a estar en una situación de inseguridad jurídica pues mientras que el [Tribunal Constitucional y la LOPDGDD] serían claros sobre la imposibilidad de prescindir del deber de información, por su parte, López Ribalda II abogaría por la licitud de las cámaras ocultas en ciertos casos excepcionales»[81].

El debate jurídico está servido, pues «la indeterminación normativa en esta materia […] asegura una nueva etapa de conflictividad»[82]. Así, «a la vista de las cuestiones que deja abiertas esta normativa, es de esperar que continúe jugando un papel clave en esta materia la jurisprudencia»[83].

4.2. El asunto López Ribalda

El asunto López Ribalda aborda el caso de despido disciplinario de unas trabajadoras de un supermercado, en el que, bajo fundada sospecha de hurto, la empresa recurrió a la instalación de videocámaras -unas de ellas visibles sobre las que la empresa informó al colectivo de trabajadores, y otras ocultas acerca de las cuales no informó-. Las videograbaciones en las que se captaron los hurtos fueron utilizadas como prueba para efectuar los correspondientes despidos[84].

Ante estos hechos, las trabajadoras despedidas recurrieron los despidos, alegando la nulidad de las grabaciones por falta de información previa sobre las mismas. Pues bien,

---

[79] HENRÍQUEZ TILLERÍA, S. "Análisis del nuevo régimen jurídico del deber de información en materia de videovigilancia laboral". En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Dirs.). *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 130.

[80] *Ibídem*, p. 131.

[81] PASCUAL, J. "López Ribalda II, la utilización de cámaras de video-vigilancia…", *op. cit.*, p. 7.

[82] ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La videovigilancia encubierta en la…", *op. cit*., p. 359. Según PASCUAL, «la situación de inseguridad jurídica se antojaría evidente, por lo que no sería descartable que el legislador valorase la revisión de la [LOPDGDD]» (PASCUAL, J. "López Ribalda II, la utilización de cámaras de video-vigilancia…, *op. cit.*, p. 7).

[83] GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D. "Poderes empresariales y derechos del trabajador…, *op. cit*., p. 222.

[84] Para mayor información, véanse MOLINA NAVARRETE, C. "De «Barbulescu II» a «López Ribalda»: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda *et alii* vs. España (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13). En *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 419, pp. 126-127 y TALÉNS VISCONTI, E. E. "Vídeo-vigilancia y protección de datos…", *op. cit*., pp. 61-62.

tanto el Juzgado de lo Social de Granollers como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideraron lícita la prueba de grabaciones[85].

Así las cosas, las demandantes interpusieron recursos ante el Tribunal Supremo, que fueron declarados inadmisibles. Y, por último, las trabajadoras interpusieron recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, que igualmente fueron declarados inadmisibles por la inexistencia de violación del derecho fundamental invocado.

Agotadas las instancias internas, las trabajadoras recurrieron la decisión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por un doble motivo, a saber, la vulneración de los arts. 6 y 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales núms. 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (en adelante, CEDH)[86], relativos al derecho a un proceso equitativo y al derecho al respeto a la vida privada y familiar, respectivamente.

En un principio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección tercera, reunido en Sala, determinó en la Sentencia de 9 de enero de 2018 (demandas 1874/13 y 8567/13) -López Ribalda I-, que «la videovigilancia encubierta de un empleado en su lugar de trabajo debe considerarse, en sí misma, como una importante intromisión en su vida privada»[87], entendiendo que, en el supuesto concreto, tales medidas «afectaron a la "vida privada" de las demandantes»[88] en el sentido del art. 8.1 CEDH. Así, justificó el Tribunal que «los derechos del empresario podrían haberse salvaguardado, al menos hasta cierto punto, por otros medios, en especial informando previamente a las demandantes, incluso de manera general, de la instalación de un sistema de vídeovigilancia y proporcionándoles la información establecida»[89] en la normativa de protección de datos vigente en aquel momento. Con base en este razonamiento, concluyó el Tribunal que en el supuesto analizado «los tribunales nacionales no alcanzaron un equilibrio equitativo entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada con arreglo al art. 8 del Convenio y el interés de su empleador en la protección de sus derechos patrimoniales»[90].

---

[85] Pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, sede Barcelona, de 28 de enero de 2011, núm. rec. 4293/2010, y de 24 de febrero de 2011, núm. rec. 4294/2010.

[86] Instrumento de Ratificación (BOE de 10 de octubre de 1979, núm. 243).

[87] Apartado 59.

[88] *Ídem*.

[89] Apartado 69.

[90] Apartado 70.

Tras esta sentencia, y conforme al art. 43 CEDH, el Gobierno español solicitó la remisión del caso a la Gran Sala, que dictó sentencia el 17 de octubre de 2019 -asunto López Ribalda II-.

En la sentencia, la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo recuerda que tanto las normas internas españolas como las normas europeas e internacionales establecen que, «en principio», es necesario informar a las personas interesadas, de manera clara y previa a su aplicación, de la existencia y las condiciones de la recogida de datos, en el caso estudiado, a través de sistemas de videovigilancia. En este sentido, considera el Tribunal que el requisito de transparencia y el consiguiente derecho a la información son de carácter fundamental, en particular en el ámbito de las relaciones laborales, contexto en el que el empleador tiene importantes facultades con respecto a las personas trabajadoras y tiene que evitarse cualquier situación de abuso derivada del ejercicio de dichos poderes.

Ahora bien, a este respecto, matiza el Tribunal que el suministro de dicha información previa a la persona objeto de vigilancia y su alcance son solamente uno de los criterios a tener en cuenta en la valoración de la proporcionalidad de la medida en un caso concreto y que, si no se dispone de esa información previa, entonces «las medidas derivadas de los demás criterios serán aún más importantes»[91].

Esta argumentación evidencia cómo la Gran Sala de la Corte de Estrasburgo admite y avala la posibilidad de que puedan utilizarse cámaras ocultas en el ámbito de las relaciones laborales, aunque sujeta tal posibilidad «a muy exigentes límites»[92]. Así, no todo control encubierto puede considerarse viable ni justificado o lícito[93]. Precisamente, entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que «la más mínima sospecha de apropiación indebida o de cualquier otro acto ilícito por parte de los empleados»[94] no puede justificar la instalación de una videovigilancia *ad hoc* por parte del empleador. En cambio, sí considera que la existencia de una sospecha razonable de que se ha cometido una falta grave y la magnitud de las pérdidas identificadas «pueden parecer una justificación de peso»[95], más aún en un contexto en el que se crea un clima general de desconfianza en el lugar de trabajo[96].

---

[91] Apartado 131.

[92] FAYA BARRIOS, L. "De nuevo el caso López Ribalda (Caso Mercadona) y la videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales: la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019". En *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2019, núm. 105, p. 206.

[93] BOHIGES ESPARZA, M.D. "¿Cuándo se entiende cumplido el deber…? *op. cit.*, p. 115.

[94] Apartado 134.

[95] *Ídem*. En contra de esta postura, TOSCANI GIMÉNEZ entiende que «las medidas clandestinas y discriminadas, o si se prefiere, ad hoc, de vigilancia contra un solo trabajador no superan el juicio

A partir de esta interpretación, puede concluirse que la doctrina del caso López Ribalda II permite, de manera excepcional, una videovigilancia encubierta no informada que responda a sospechas razonables y que tenga por objeto detectar irregularidades graves que afecten negativamente a los intereses de la empresa[97]. En sentido contrario, la instalación de cámaras ocultas ante sospechas mínimas o meras suposiciones constituiría una vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 8 CEDH[98].

Tal y como ha señalado la doctrina, en realidad, se trata de «un problema de interpretación de cuestiones fácticas objeto de prueba, más que de fundamentación o sustento jurídico»[99], pero que, al mismo tiempo, «exige un razonamiento jurídico a partir de indicios»[100].

Al hilo de esta cuestión, la Gran Sala opina que los principios delimitados en la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 5 de septiembre de 2017 -asunto Barbulescu II-[101], pueden trasladarse, *mutatis mutandis*, a las circunstancias en que un empleador puede aplicar medidas de videovigilancia en el lugar de trabajo. Así, con el fin de garantizar la proporcionalidad de las medidas de videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales, la Sentencia enumera los factores que deben tener en cuenta los tribunales nacionales en la valoración de los distintos intereses en conflicto, a saber[102]:

> a) Si se ha notificado a la persona trabajadora la posibilidad de que el empleador adopte medidas de videovigilancia y la aplicación de esas medidas. Aunque en la práctica las notificaciones pueden realizarse de muy diversas

---

de proporcionalidad, siendo por tanto necesario el establecimiento de medidas genéricas de vigilancia de todos los trabajadores, siempre que exista una comunicación previa de su existencia a los trabajadores para que no se vulneren expectativas de confidencialidad» (TOSCANI GIMÉNEZ, D. "La videovigilancia de los trabajadores con cámaras ocultas o clandestinas. Comentario a las SSTEDH de 9 de enero de 2018 y 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda". En *Trabajo y Derecho*, 2019, núm. 60, p. 74).

[96] A este respecto, advierte RODRÍGUEZ ESCANCIANO que «no cabe olvidar que a veces el aviso al trabajador o a sus representantes de la concreta vigilancia puede impedir la verificación efectiva de conductas irregulares» (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Derechos laborales digitales*…, *op. cit*., p. 209).

[97] En este contexto, algunos autores, como TOSCANI GIMÉNEZ, opinan que «por irregularidades graves hay que entender delitos» (TOSCANI GIMÉNEZ, D. "Las facultades de la empresa de videovigilancia…", *op. cit.,* p. 73).

[98] Como indica FAYA BARRIOS, «más allá de esto persisten dudas. Podríamos entender que una sospecha razonable de una irregularidad menor no justificaría la vigilancia encubierta. Pero surge la duda de qué ha de entenderse por irregularidad menor» (FAYA BARRIOS, L. "De nuevo el caso López Ribalda…", *op. cit*., p. 206).

[99] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G. "La grabación o videovigilancia en la empresa: el control del empresario en el puesto de trabajo". En *La Ley Unión Europea*, 2019, núm. 76, edición digital, p. 23.

[100] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G. "Se justifica la grabación con cámaras ocultas…, *op. cit*.

[101] Véase el apartado 121.

[102] Apartado 116.

maneras, según las circunstancias fácticas particulares de cada caso, la notificación debe ser clara sobre la naturaleza de la vigilancia y debe darse antes de su aplicación.

b) El alcance de la vigilancia por el empleador y el grado de intrusión en la vida privada de la persona trabajadora. En concreto, debe tenerse en cuenta el nivel de privacidad en la zona objeto de la vigilancia, así como las limitaciones de tiempo y espacio y el número de personas que tienen acceso a los resultados.

c) Si el empleador ha dado razones legítimas para justificar la vigilancia y el alcance de la misma. Pues bien, cuanto más intrusiva sea la vigilancia, más peso tendrá la justificación que se requiera.

d) Si habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivos. En efecto, debería evaluarse, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empleador podría haberse logrado mediante una menor injerencia en la vida privada de la persona trabajadora.

e) Las consecuencias de la vigilancia para la persona trabajadora sometida a ella. Deberá tenerse en cuenta, en especial, la utilización por el empleador de los resultados de la vigilancia y si esos resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado de la medida.

f) Si se han proporcionado a la persona trabajadora las medidas apropiadas, especialmente cuando las operaciones de vigilancia del empleador sean de carácter intrusivo. Esas medidas pueden consistir, entre otras, en el suministro de información a las personas trabajadoras interesadas o a los representantes del personal en cuanto a la instalación y el alcance de la vigilancia, la declaración de esa medida a un órgano independiente o la posibilidad de presentar una denuncia.

Aunque este pronunciamiento «introduce consideraciones jurídicas que militan a favor de un mayor poder empresarial en el control del trabajo de las personas trabajadoras en la empresa»[103], el mismo «no ha dado barra libre al control empresarial ni ha desmantelado la protección de la privacidad de la persona trabajadora en la empresa»[104]. Además, como ha quedado patente, la sentencia «sigue manteniendo la obligación de respetar escrupulosamente la doctrina Barbulescu II para que ese control pueda ser considerado conforme a derecho, con lo que sigue habiendo un amplio campo

[103] ROJO TORRECILLA, E. "Medias verdades y fake news en el mundo jurídico…", *op. cit*.

[104] *Ídem*.

de interpretación para los juzgados y tribunales cuando se planteen casos semejantes al ahora examinado»[105].

Para terminar, resulta oportuno referirse al Voto particular formulado conjuntamente por tres magistrados del Tribunal de Estrasburgo -De Gaetano, Yudkivska y Grozev-. En concreto, explican los Magistrados que, al no constatar ninguna violación del art. 8 CEDH, «el Tribunal ha decidido permitir el uso ilimitado de la videovigilancia encubierta en el lugar de trabajo sin ofrecer suficientes garantías jurídicas a las personas cuyos datos personales serán recogidos y utilizados para fines desconocidos para ellas»[106]. Así, consideran los magistrados que «en circunstancias como las del presente caso, en que un empleador utiliza la vigilancia encubierta por vídeo sin advertir previamente a sus empleados, es necesario establecer medidas procesales adicionales; similares a las que se exigen en virtud del Convenio en el uso de la vigilancia secreta en los procedimientos penales»[107]. Más concretamente, argumentan que «los requisitos procesales que permitan una verificación fiable, por un tercero, de la existencia de una "sospecha razonable de falta grave", y las garantías contra la justificación de que la vigilancia se realice "a posteriori", deberían ser un requisito en virtud del artículo 8 del Convenio», concluyendo que «sólo con la aplicación de estas garantías procesales podríamos aceptar fácilmente el juicio de la mayoría»[108].

4.3. El caso particular del trabajo doméstico

En el marco del trabajo doméstico, recientemente el Tribunal Supremo ha invocado la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso López Ribalda II para resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina relativo a un supuesto de despido disciplinario en el que se emplearon como medio de prueba las grabaciones obtenidas de cámaras instaladas de manera oculta ante las fundadas sospechas de un grave incumplimiento laboral[109].

---

[105] *Ídem*.

[106] Apartado 15.

[107] Apartado 10.

[108] *Ídem*. Al respecto, PASCUAL defiende que «esta opción podría presentarse como la más garantista para todas las partes dado que potencialmente dotaría de mayor seguridad jurídica dada la enorme casuística existente», pero reconoce, al mismo tiempo, que su aplicación práctica o material puede conllevar dificultades, «al someterse a autorización judicial la implementación de cámaras ocultas -con carácter previo a su instalación- en atención a unas sospechas razonables que deberían ser susceptibles de ser probadas o acreditadas» (PASCUAL, J. "López Ribalda II, la utilización de cámaras de video-vigilancia…", *op. cit.*, p. 7).

[109] Sobre esta cuestión, explica GARCÍA SALAS que «finalmente, ha llegado una sentencia de nuestro Tribunal Supremo que, como era de esperar, ha confirmado la posibilidad de emplear cámaras ocultas ante sospechas de graves irregularidades cometidas por una trabajadora; sin

Así, en la sentencia de 22 de julio de 2022, núm. rec. 701/2021, el Alto Tribunal se vale de la argumentación de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo para defender que «una imperativa protección de intereses privados -y aquí puede entenderse concurrente- puede justificar la ausencia de información previa»[110] sobre la instalación de videocámaras.

En este punto, cabe destacar que, antes de la aprobación de la nueva LOPDGDD y de la Sentencia López Ribalda II, otros pronunciamientos judiciales habían llegado a esta misma conclusión acerca de la utilización de cámaras *ad hoc* no informadas en el ámbito del trabajo doméstico. A modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de septiembre de 2007, núm. rec. 152/2007, argumentó que «las imágenes grabadas de la apelante [sin su conocimiento] no pertenecen a su esfera personal y privada, sino al ámbito laboral y no han sido reproducidas ni difundidas, más que en el estricto margen de esta causa, en la que debían servir como prueba, habiendo sido tomadas en un domicilio privado por la titular del derecho reconocido en el art.18.2 CE y todas estas circunstancias obligan a considerar que no ha existido vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la apelante»[111]. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 23 de julio de 2017, núm. rec. 295/2016, consideró que «la instalación de la cámara oculta se hace de forma puntual ante las sospechas de que la acusada le estaba sustrayendo dinero cuando desempeñaba sus labores de empleada de hogar, y con la sola finalidad de verificar tales hechos, medida que se considera justificada e idónea para la finalidad pretendida, necesaria y equilibrada»[112].

Volviendo a la reciente STS, de 22 de julio de 2022, la misma analiza el despido de una trabajadora doméstica que asistía a una señora que padece una tetraplejia traumática por sección medular completa y necesita silla de ruedas para desplazarse. Un día, otra de las personas que atendía a la señora en sus necesidades básicas, se percató de que la puerta del armario de la habitación no cerraba bien, ya que una tapa de madera que hace de dos cajones falsos y que estaba colocada a presión en la parte

---

aviso, ni distintivo de la AEPD; y en un lugar de trabajo tan especial como es el hogar familiar, pero lugar de trabajo, en definitiva» [GARCÍA SALAS, A.I. "El Tribunal Supremo confirma la validez de una prueba obtenida con cámara oculta". En *El Foro de Labos*, entrada de 29 de septiembre de 2022 (https://www.elforodelabos.es/2022/09/el-tribunal-supremo-confirma-la-validez-de-una-prueba-obtenida-con-camara-oculta/)].

[110] Fundamento Jurídico Tercero, apartado 4.

[111] Fundamento Jurídico Primero. Al respecto, advierte LENZI que este pronunciamiento «parece olvidar por completo la elemental doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, la celebración de un contrato no implica la privación de los derechos que la Constitución le reconoce a todo trabajador como ciudadano» (LENZI, O. "El control de la prestación laboral a través de…, *op. cit*., p. 182).

[112] Fundamento Jurídico Primero.

inferior del armario estaba mal colocada. Como dicha tapa ocultaba una caja fuerte, el cónyuge de la señora revisó su contenido y observó que faltaban 30.000 euros, así como monedas y billetes antiguos guardados en hojas de coleccionista. Ante tal descubrimiento, el cónyuge de la señora procedió a revisar el resto de la vivienda, percatándose que también faltaba una caja con joyas que estaba guardada en uno de los cajones de la cómoda de la habitación matrimonial. Aunque al domicilio acudían también otras dos personas para atender a la señora, las mismas le acompañaban de manera continua, por lo que la trabajadora despedida era la única que tenía acceso con llaves a la vivienda, en la que en muchas ocasiones se quedaba sola para limpiar. Por esta razón, el matrimonio decidió instalar una cámara de vigilancia en la habitación, enfocando directamente el armario, que grabó a la trabajadora en cuestión quitando la tapa oculta del armario donde estaba ubicada la caja fuerte e intentando abrirla con una llave, no pudiendo hacerlo porque necesitaba un código. Con base en estos hechos, el matrimonio procedió a despedir a la trabajadora alegando un incumplimiento grave y culpable. Ante la impugnación del despido disciplinario, el Juzgado de lo Social de Gijón, en Sentencia de 30 de enero de 2021, número de Resolución 23/2020, estimó que la instalación de la cámara oculta no informada «se trata de una medida necesaria, idónea, y proporcionada a la finalidad pretendida, pues lo único que puede grabar es, o bien a la trabajadora prestando sus servicios de limpieza en el hogar, o bien a quien comete la infracción»[113], destacando que «no puede obviarse que las peculiares características del centro de trabajo, domicilio familiar de la empleadora, deben de valorarse a fin de estimar la finalidad legítima de la medida»[114]. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación, que fue resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, sede Oviedo, en la Sentencia de 20 de octubre de 2020, núm. rec. 1051/2020, en la que consideró que la grabación no podía tenerse en cuenta a efectos probatorios. En la Sentencia se argumenta que «la empresa, ante hechos de especial gravedad, puede no informar, pero siempre que haya advertido previamente con la colocación del cartel informativo»[115], concluyéndose que en el caso concreto no se da la doble concurrencia de la información legalmente exigible y el juicio de la ponderación[116].

[113] Fundamento Jurídico Tercero.

[114] *Ídem*.

[115] Fundamento Jurídico Cuarto.

[116] *Ídem*. Al hilo de esta decisión, SÁNCHEZ PÉREZ explica que «pese a que pueda entenderse rigurosa la constatación que realiza el tribunal la realidad es art. 22.4 LOPD resulta inflexible a la hora de ofrecer la exigibilidad incondicionada del aviso relativo a la grabación de imágenes, pudiéndose apreciar que, en caso de sospecha el particular podía haber solicitado al juzgado de instrucción, a tenor de lo previsto en la LECrim, solicitar una grabación oculta con todas las garantías en lugar de optar por la auto tutela»(SÁNCHEZ PÉREZ, J. "El conflicto entre el control empresarial…, *op. cit*., p. 491).

A partir de estos antecedentes, y en contraposición con la postura del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, defiende el Tribunal Supremo que, en el supuesto analizado, la videovigilancia encubierta tenía «una justificación seria»[117], sobre todo, teniendo en cuenta el alcance de lo denunciado como cantidad sustraída en el domicilio familiar en el que prestaba servicios la trabajadora.

Asimismo, el Tribunal destaca, como aspecto relevante para valorar la proporcionalidad de la conducta de la empleadora, el emplazamiento de la cámara oculta. En efecto, la misma solamente enfocaba al armario en el que estaba la caja fuerte, sin que lo hiciera sobre ningún otro punto de la habitación o de la vivienda.

Incluso, el Tribunal se refiere expresamente a la gran vulnerabilidad de la empleadora, quien, como se ha señalado, padece una tetraplejia traumática por sección medular completa y precisa para desplazarse silla de ruedas. Así, estima el Tribunal que la falta de consideración en el proceso de despido de la prueba de videovigilancia deja inerme a la empleadora para poder acreditar tanto el grave incumplimiento laboral ocurrido en el hogar familiar como su autoría, habida cuenta de la inexistencia de otro tipo de medios menos intrusivos para conseguir tal finalidad.

Con base en estas consideraciones, el Tribunal determina que, en el supuesto analizado, la videovigilancia oculta constituyó una medida justificada e idónea, necesaria y proporcionada al fin perseguido[118]. Precisamente, argumenta el Tribunal que la proporcionalidad de la medida adoptada puede excluir que el incumplimiento del deber de información previa suponga una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos, y concluye que, «en el presente supuesto, atendidas las circunstancias concurrentes, cabe entender que la medida de videovigilancia era proporcionada»[119].

Ahora bien, matiza el Tribunal Supremo que «debe insistirse en que estamos examinando un supuesto excepcional y singular, de manera que solo excepcionalmente -y si se dan circunstancias similares a las aquí concurrentes- se podrá prescindir del distintivo informativo mencionado»[120].

A la tesis contraria llega, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sede A Coruña, en la Sentencia de 28 de junio de 2021, núm. Rec. 1545/2021, en la que no se toma en cuenta a efectos probatorios la grabación oculta en un supuesto de trabajo doméstico porque entiende el Tribunal que no se dio «la doble concurrencia […]

[117] Fundamento Jurídico Tercero, apartado 4.

[118] *Ídem*.

[119] *Ídem*.

[120] Fundamento Jurídico Tercero, apartado 5.

de información legalmente exigible y ponderación»[121]. En concreto, en lo que al deber de información se refiere, se argumenta en la Sentencia que el empleador «en momento alguno realizó la preceptiva información previa a la trabajadora acerca de la instalación de cámaras de vigilancia en la vivienda que constituía el lugar de trabajo de aquella»[122]. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia rechaza la grabación como prueba sobre la base de que el empleador «no advirtió a la trabajadora de la existencia de esa cámara espía, ni documental, ni verbalmente» y que «ni siquiera hizo uso del distintivo reglamentario al efecto»[123]. En definitiva, concluye el Tribunal que «la empresa, ante hechos de especial gravedad, puede no informar, pero siempre que haya advertido previamente con la colocación del cartel informativo»[124].

Así las cosas, y a pesar de estas desavenencias, cabe concluir que, tras el pronunciamiento del Alto Tribunal el 22 de julio de 2022, que sigue la línea interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia López Ribalda II, en algunos supuestos concretos y excepcionales -en los que existen fundadas sospechas de la comisión de algún ilícito grave-, puede admitirse la instalación de cámaras secretas.

Por consiguiente, la utilización en el trabajo doméstico de videocámaras ocultas únicamente puede darse en casos excepcionales ante fundadas sospechas de ilícitos graves. Precisamente, no puede olvidarse que el uso de estas medidas de control encubiertas conlleva la elusión del derecho de información de los trabajadores, por lo que su uso debe ser muy excepcional y limitado, de conformidad con rigurosas exigencias de proporcionalidad[125].

En este sentido, será indispensable analizar y ponderar en cada caso la proporcionalidad de la medida adoptada para comprobar si el incumplimiento del deber de información constituye una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos consagrado en el art. 18.4 de la Constitución española[126]. En el particular caso del trabajo doméstico, además, deberá tenerse en consideración la especial vulnerabilidad que caracteriza a este colectivo, con el fin último de evitar situaciones de abuso y desprotección.

---

[121] Fundamento Jurídico Segundo.

[122] *Ídem*.

[123] *Ídem*.

[124] *Ídem*.

[125] Al respecto, *vid*. GARCÍA SALAS, A.I. "El Tribunal Supremo confirma la validez…", *op. cit.*

[126] BOE de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

V. CONCLUSIONES

A partir del análisis realizado en los apartados precedentes, a continuación, se enumeran las principales conclusiones.

PRIMERA. La utilización de sistemas de videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales es una materia realmente controvertida, en la que la ausencia de consenso jurisprudencial evidencia su complejidad. En este contexto, el deber de información se presenta como el aspecto más conflictivo.

SEGUNDA. La aprobación de la nueva LOPDGDD, lejos de arrojar luz sobre esta cuestión -como hubiera sido de esperar-, suscita numerosos interrogantes sobre el verdadero alcance del uso de esta medida en el ámbito laboral, lo que, al fin y a la postre, genera una situación de inseguridad jurídica. Así, el deficiente marco normativo vigente supone un claro impedimento para garantizar una salvaguarda eficaz de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y encontrar un equilibrio con los poderes empresariales.

TERCERA. La relación laboral de trabajo doméstico constituye una relación de trabajo por cuenta ajena -aunque calificada como especial-, lo que implica que, con respecto al uso de videovigilancia por parte del empleador, deba tenerse en cuenta el marco regulador general del poder de control empresarial, al igual que en las relaciones laborales comunes.

CUARTA. A pesar de la vaguedad y falta de claridad de las disposiciones que regulan la videovigilancia en la LOPDGDD, puede concluirse que la normativa actual exige al empleador cumplir con el deber de información acerca de la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo. La LOPDGDD flexibiliza esta exigencia en caso de que se hubiera captado la comisión flagrante de un acto ilícito por las personas trabajadoras, supuesto en el cual se considera cumplido el deber de información con la mera colocación de un dispositivo informativo.

QUINTA. De conformidad con la redacción de las disposiciones de la LOPDGDD que regulan la videovigilancia con fines laborales, no cabe entender que la normativa actual respalde la instalación de cámaras encubiertas no informadas.

SEXTA. Recientemente, el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de instalar cámaras de vigilancia secretas u ocultas en el ámbito del trabajo doméstico, esto es, sin informar previamente a las personas trabajadoras ni colocar dispositivos informativos, acogiendo, así, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso López Ribalda II. Esta posibilidad queda limitada, sin embargo, a supuestos excepcionales ante fundadas sospechas de ilícitos graves, lo que lo convierte, al final, en un problema de interpretación de aspectos fácticos.

SÉPTIMA. Las singularidades propias del trabajo doméstico -en especial, el ámbito donde se presta la actividad y el vínculo personal basado en una relación de confianza- no pueden justificar un ejercicio desmesurado de las facultades de control empresarial y la consecuente elusión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras domésticas. En este sentido, la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras por cuenta ajena debe tener el mismo valor con independencia del tipo actividad profesional que se lleve a cabo y el lugar donde se presten los servicios. En cualquier caso, la especial vulnerabilidad que caracteriza a las personas trabajadoras domésticas debiera motivar un reforzamiento de las garantías en esta materia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda (II)". En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 55.

BAZ RODRÍGUEZ, J. "La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático". En *Trabajo y Derecho*, 2019, núm. 54.

BAZ RODRÍGUEZ, J. "Protección de datos y garantía de los derechos digitales laborales en el nuevo marco normativo europeo e interno (RGPD 2016 y LOPD-GDD 2018)". En *Ars Iuris Salmanticensis*, 2019, vol. 7.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "Cámaras de vigilancia, intimidad y protección de datos: prueba lícita y despido procedente (STC 119/2022)". En *Blog Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, entrada de 25 de octubre de 2022 (https://ignasibeltran.com/2022/10/25/camaras-de-vigilancia-intimidad-y-proteccion-de-datos-prueba-licita-y-despido-procedente-stc-119-2022/).

BOHIGES ESPARZA, M.D. "¿Cuándo se entiende cumplido el deber de información a la luz de la Ley Orgánica 3/2018?". En *Revista de Derecho Social*, 2020, núm. 92.

DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B. "Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia". En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, núm. 39.

FAYA BARRIOS, L. "De nuevo el caso López Ribalda (Caso Mercadona) y la videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales: la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019". En *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2019, núm. 105.

GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D. "Poderes empresariales y derechos del trabajador en el contexto de las nuevas tecnologías:

aportaciones recientes de la legislación española". En *Minerva: Revista de Estudos Laborais*, 2019, núm. 2.

GARCÍA SALAS, A.I. "El Tribunal Supremo confirma la validez de una prueba obtenida con cámara oculta". En *El Foro de Labos*, entrada de 29 de septiembre de 2022 (https://www.elforodelabos.es/2022/09/el-tribunal-supremo-confirma-la-validez-de-una-prueba-obtenida-con-camara-oculta/).

GOÑI SEIN, J.L. "Vigilancia empresarial y protección de datos: doctrina jurisprudencial". En *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Derecho del Trabajo*, 2019, núm. 143.

GOÑI SEIN, J.L. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.

HENRÍQUEZ TILLERÍA, S. "Análisis del nuevo régimen jurídico del deber de información en materia de videovigilancia laboral". En En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Dirs.). *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

LENZI, O. "El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia: el concreto supuesto del trabajo doméstico". En *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2019, núm. 146.

LÓPEZ BALAGUER, M. "El control empresarial por videovigilancia en la LOPD". En *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2019, núm. 151.

LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F. "Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad". En *Lex Social: Revista jurídica de los derechos sociales*, 2020, vol. 10, núm. 2.

MERCADER UGUINA, J.R. "López Ribalda II: un camino de ida y vuelta". En *El Foro de Labos*, entrada de 30 de octubre de 2019 (https://www.elforodelabos.es/2019/10/lopez-ribalda-ii-un-camino-de-ida-y-vuelta-2/).

MIÑARRO YANINI, M. "La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación". En *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, núm. 430.

MOLINA NAVARRETE, C. "Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario". En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Dirs.). *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

MOLINA NAVARRETE, C. "De «Barbulescu II» a «López Ribalda»: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda *et alii* vs.

España (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13). En *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 419.

MOLINA NAVARRETE, C. "La Constitución social del trabajo («decente»): ¿un divorcio entre el ideal normativo y la cruda realidad en busca de «nuevo convenio regulador» o de «reconciliación»?". En *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 429.

MOLINA NAVARRETE, C. "De «Barbulescu II» a «López Ribalda»: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda *et alii* vs. España (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13). En *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 419.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G. "La grabación o videovigilancia en la empresa: el control del empresario en el puesto de trabajo". En *La Ley Unión Europea*, 2019, núm. 76, edición digital.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G. "Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (Asunto López Ribalda II)". En *Revista de jurisprudencia laboral,* 2019, núm. 8, edición digital.

MONTESDEOCA SUÁREZ, A. "La videovigilancia en el ámbito laboral: el poder de control del empresario *versus* el derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras". En *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social,* 2022, núm. 5.

NAVARRO NIETO, F. "Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido". En *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2019, núm. 150.

OXFAM INTERMÓN. *Esenciales y sin derechos. O cómo implementar el Convenio 189 de la OIT para las trabajadoras del hogar*. Oxfam Intermón, 2021, disponible en https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/esenciales-sin-derechos-informe-completo.pdf.

PASCUAL, J. "López Ribalda II, la utilización de cámaras de video-vigilancia en las relaciones laborales: ¿se puede prescindir del deber de información?". En *Diario La Ley*, 2020, núm. 9555.

QUINTERO LIMA, M.G. "¿Discriminatoria? Regulación de la relación laboral especial de trabajo doméstico". En *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, núm. 5.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

ROJO TORRECILLA, E. "Sobre los límites al control por videovigilancia del personal del servicio doméstico. Notas a la sentencia del TSJ de Galicia de 28 de junio de 2021". En

Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, entrada de 18 de septiembre de 2021 (http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/09/sobre-los-limites-al-control-por.html).

ROJO TORRECILLA, E. "Medias verdades y fake news en el mundo jurídico. No cabe todo en la videovigilancia de una persona trabajadora. A propósito de la sentencia "López Ribalda" de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 (y recordatorio de la Sentencia de Sala de 9 de enero de 2018 y del caso Barbulescu II, sentencia de Gran Sala de 5 de septiembre de 2017)". En *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 23 de octubre de 2019 (http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/medias-verdades-y-fake-news-en-el-mundo.html).

SÁNCHEZ PÉREZ, J. "El conflicto entre el control empresarial y el derecho a la intimidad en la era de las nuevas tecnologías". En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, núm. 59.

SERRANO OLIVARES, R. "Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales". En *IUSLabor*, 2018, núm. 3.

TALÉNS VISCONTI, E. E. "Vídeo-vigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros". En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2018, vol. 6, núm. 3.

TOSCANI GIMÉNEZ, D. "La videovigilancia de los trabajadores con cámaras ocultas o clandestinas. Comentario a las SSTEDH de 9 de enero de 2018 y 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda". En *Trabajo y Derecho*, 2019, núm. 60.

ANTIGÜEDAD VERSUS TIEMPO EFECTIVAMENTE TRABAJADO EN EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2022 SOBRE COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD

Por

FERNANDO BARBANCHO TOVILLAS
Profesor TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

fernando.barbancho@ub.edu

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: La reforma laboral de 2021 ha modificado en profundidad el contrato fijo-discontinuo y ha introducido como derecho que la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados. El Tribunal Supremo ha analizado con anterioridad a esa reforma el tema de la antigüedad y el tiempo efectivamente trabajado de los trabajadores fijos-discontinuos a efectos del complemento retributivo de antigüedad y del cálculo de la indemnización por despido.

PALABRAS CLAVE: Fijo-discontinuo; antigüedad; tiempo efectivamente trabajado.

SUMARIO: I. Evolución de la regulación del contrato fijo-discontinuo.- II. La antigüedad y el tiempo efectivamente trabajado en la regulación del contrato fijo-discontinuo.- III. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2022.- IV. Conclusión valorativa.

SENIORITY VERSUS TIME EFFECTIVELY WORKED IN THE FIXED-DISCONTINUOUS CONTRACT. REGARDING THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT OF SEPTEMBER 14, 2022 ON SENIORITY SUPPLEMENT

ABSTRACT: The 2021 labour reform has profoundly modified the fixed-discontinuous contract and has introduced as a right that the seniority of permanent discontinuous workers be calculated taking into account the entire duration of the employment relationship and not the time of services actually provided. Prior to this reform, the Supreme Court analysed the issue of seniority and the time actually worked by permanent-discontinuous workers for the purposes of the seniority pay supplement and the calculation of dismissal pay.

KEYWORDS: Fixed-discontinuous; seniority; time actually worked.

SUMMARY: I. Evolution of the regulation of the fixed-discontinuous contract.- II. Seniority and time actually worked in the regulation of the fixed-discontinuous contract.- III. Analysis of the Supreme Court ruling of September 14, 2022.- IV. Evaluative conclusion.

I. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO

La regulación del contrato fijo-discontinuo es un claro ejemplo de la patológica deficiente técnica legislativa, jurídico-laboral, basada en impulsos políticos para hacer frente a situaciones meramente coyunturales, dejando de lado los conceptos e instituciones de un sistema articulado y estructural de la regulación de las relaciones laborales, que dé seguridad jurídica (art. 9.3 CE) al mercado de trabajo.

Quizás sea debido a las peculiaridades, de este tipo de contrato de trabajo, en la medida que tiene -a priori- un difícil encaje en las estructuras clásicas de las modalidades contractuales laborales, ya que si bien es cierto que es un contrato con una duración indefinida ("fijo"), la prestación de servicios no se realiza de forma continua a lo largo de un año trabajando por periodos de tiempo, por motivos periódicos o de temporada, se repitan o no, en fechas ciertas ("discontinuo"). Aunque realmente se trata de un contrato a tiempo parcial de duración indefinida, en la medida que no se prestan servicios todos los días, que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables.

En este sentido, cabe recordar que, en un primer momento, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 incluyó el contrato fijo-discontinuo como una de las modalidades de contratos de duración determinada[1]. No obstante, a los pocos años se corrigió esta *contradictio in terminis*, al recoger expresamente que el contrato fijo-discontinuo era un contrato de duración indefinida, manteniéndose en el artículo dedicado a la duración del contrato de trabajo (art. 15)[2], si bien a efectos reglamentarios se seguía regulando conjuntamente con los contratos de duración determinada[3].

---

[1] El artículo 15. Uno de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, establecía que: «*El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante, podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada: (…)*

e) Cuando se trate de trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo. Los trabajadores que realicen tal actividad deberán ser llamados cada vez que vaya a realizarse y tendrán la consideración, a efectos laborales, de fijos de trabajos discontinuos.». Y, en virtud de esta inclusión entre las modalidades de contratos de duración determinada, su regulación reglamentaria se incluyó entre los contratos temporales (el art. 4 del Real Decreto 2303/1980, de 17 de octubre, sobre aplicación del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación temporal, tenía como rúbrica «Contratos para trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo»).

[2] La Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, modificó el artículo 15 ET/1980, sobre la duración del contrato, e incluyó en el nuevo apartado 6 a los contratos fijos-discontinuos: «*El contrato de trabajo se entiende celebrado por tiempo indefinido aunque no se presten servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables con carácter general, cuando se trate de realizar trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo.*

Prácticamente una década después, en el año 1993, el contrato fijo-discontinuo desapareció del artículo 15 ET -dentro de las modalidades de contratos en función de su duración- para incorporarse dentro de la regulación del contrato a tiempo parcial (art. 12)[4] -cuando hasta entonces habían tenido una regulación separada[5]-, manteniéndose así en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995[6] y hasta la

---

Los trabajadores que realicen tal actividad deberán ser llamados cada vez que la misma se lleve a cabo y tendrán la consideración de trabajadores fijos de trabajos discontinuos. (…)».

[3] Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos. Ahora bien, en el propio Preámbulo se hacía expresa mención a que «*aun cuando el tratamiento que la Ley 32/1984 da a los llamados trabajos fijos de carácter discontinuo los excluye expresamente de la consideración de trabajos para cuya realización pueda utilizarse la modalidad de contratos de duración determinada, las especiales características de los mismos y el evitar la dispersión normativa que contribuye al desconocimiento del marco legal apropiado a utilizar al realizar el contrato, aconsejan que se regule, como capítulo separado, en la misma disposición reglamentaria sobre duración del contrato de trabajo*.».

El Capítulo III, artículos 11 a 14, del Real Decreto 2104/1984 estaba dedicado a los "Trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo", y de cuyo contenido cabe destacar la definición de trabajadores fijos discontinuos: «*Tendrán la consideración de trabajadores fijos discontinuos quienes sean contratados para trabajos de ejecución intermitente o cíclica, tanto los que tengan lugar en Empresas con actividades de temporada o campaña como cualesquiera otros que vayan dirigidos a la realización de actividades de carácter normal y permanente respecto del objeto de la Empresa, pero que no exijan la prestación de servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables con carácter genera*l.» (art. 11.1).

[4] El Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, derogó el artículo 15.6 ET e incluyó dentro del contrato a tiempo parcial (previsto en su art. 4) el contrato fijo-discontinuo de la siguiente forma: «*El contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Cuando dichos trabajos tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, sino que dependan de factores estacionales, el orden y la forma de llamamiento al trabajo serán los determinados en los respectivos convenios colectivos,* (…)». A su vez, mantuvo el Real Decreto (en adelante, RD) 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regula el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial, y el RD 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regula diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos, mientras no se procediera al desarrollo reglamentario de su contenido y en todo lo que no se opusiera a lo establecido en el mismo (desarrollo reglamentario que se realizó en el mismo mes de diciembre de 1993).

[5] El contrato a tiempo parcial se preveía en el artículo 12 ET/1980 -precepto que se ha mantenido hasta la actualidad, no así su contenido, obviamente- y se reguló reglamentariamente por el RD 1362/1981, de 3 de julio, sobre contratos de trabajo a tiempo parcial, que fue sustituido por los artículos 7 a 10 del RD 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, que a su vez fueron derogados por el RD 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial (regulaba el contrato a tiempo parcial en sus arts. 1 a 6), que a su vez se derogaron por el RD 2317/1993, de 29 de diciembre, por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial (arts. 18 a 20, que desarrollaba aspectos de los contratos a tiempo parcial celebrados según lo dispuesto en el art. 4 del RD-ley 18/1993) .

[6] Hasta el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cabe destacar que, por una parte, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, mantuvo la regulación introducida por el RD 18/1993 (también dedicaba su art. 4 al contrato a tiempo parcial); y, por otra parte, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos ET, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, modificó el artículo 15 ET, pero manteniendo la redacción del artículo 12 sobre el contrato a tiempo parcial [en su Exposición de Motivos se hacía

reforma introducida por el Real Decreto-ley (en adelante, RD-ley) 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad[7].

La reforma operada por el RD-ley 5/2001, que se realizó para corregir «*problemas prácticos o disfunciones en determinadas materias, como el trabajo a tiempo parcial*»,

---

expresa mención a «*las modificaciones introducidas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en la definición de los contratos de duración determinada, junto a las derivadas de la absorción del antiguo contrato de trabajadores fijos discontinuos en una renovada y ampliada contratación a tiempo parcial y* (…)»].

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, refundió la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET/1995), especialmente por las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 18/1993 y las Leyes 10 y 11/1994, por lo que, lógicamente, el contenido de los artículos 12 y 15 se mantuvo tal y como estaban antes de la refundición.

[7] Hasta el RD-ley 5/2001, de 2 marzo, la regulación del contrato a tiempo parcial del TRLET/1995 se modificó en varias ocasiones: el RD-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, y la posterior Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida (ambas normas fruto del Acuerdo Interconfederal para la estabilidad del empleo suscrito por los interlocutores sociales), concretaron los supuestos del contrato fijo-discontinuo, sin aportar novedad alguna, al introducir que «(…) *el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando:*

a) Se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

b) Se concierte para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. (…).». Ahora bien, sí cabe destacar que modificaron la rúbrica del artículo 12 TRLET/1995 para incorporar junto al contrato a tiempo parcial y de relevo el contrato fijo-discontinuo.

En cambio, el RD-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad (fruto del Acuerdo concluido entre el Gobierno y las Organizaciones Sindicales más representativas), sí que modificó sustancialmente la regulación del contrato a tiempo parcial, pero manteniendo el título del artículo 12 (p. ej. estableció que «*El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior al 77 por 100 de la jornada a tiempo completo establecida en el Convenio Colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal*»). Pero en lo que hace referencia al contrato fijo-discontinuo, mantuvo la concreción de los supuestos del contrato fijo-discontinuo que introdujeron el Real Decreto-ley 8/1997 y la Ley 63/1997. No obstante, cabe señalar que estableció expresamente que «*Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.*» [art. 12.4.d)].

Por su parte, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo, por un lado, que, en los casos de trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, «*los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar excepcionalmente, cuando la actividad estacional del sector así lo justifique, el establecimiento de un límite de jornada superior*» al 77%; y, por otro lado, que en los contratos para trabajos fijos-discontinuos de inicio y duración incierta, las menciones al número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios, «*serán sustituidas por una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria*.».

entre otras cuestiones, introdujo modificaciones sustanciales en el régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo. Así, creó dos tipos de contratos fijos-discontinuos: por un lado, el contrato por tiempo indefinido para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, que pasaba a regularse en el artículo 15.8 TRLET/1995; y, por otro lado, el contrato celebrado por tiempo indefinido para realizar trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la empresa, que se consideraba como una modalidad de contrato a tiempo parcial (art. 12.3 TRLET/1995) y su régimen jurídico era el previsto en el artículo 12 TRLET/1995[8]. Esto llevó a modificar la rúbrica del artículo 12 TRLET/1995, volviendo a ser «*Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo*».

La regulación de esta bicefalia de contratos fijo-discontinuos llegó hasta el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 2015[9], pero con un cambio relevante, de forma que no de contenido: la modalidad de contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, pasó a regularse específicamente en el "nuevo" artículo 16 TRLET/2015, fuera del precepto dedicado a la duración del contrato (art. 15 TRLET/2015). En cambio, la modalidad de contrato por tiempo indefinido para realizar trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la empresa, se sigue considerando como una modalidad de contrato a tiempo parcial (art. 12.3 TRLET/2015). Así, el contenido del artículo 16 TRLET/2015 no varió respecto del anterior artículo 15.8 TRLET/1995, en la redacción dada por el RD-ley 5/2001.

La regulación de las dos modalidades de contratos fijos-discontinuos se ha mantenido hasta la reforma laboral de 2021 -con efectos de 30 de marzo de 2022-, introducida por el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

Esta norma suprime la bicefalia de modalidades de contratos fijos-discontinuos y para ello deroga el apartado 3 del artículo 12 TRLET/2015 (que recogía la modalidad de fijo-discontinuo para realizar trabajos fijos y periódicos) y modifica totalmente el contenido del artículo 16 TRLET/2015, para, por una parte, dar un tratamiento y establecer un régimen jurídico único al contrato fijo-discontinuo (independiente de si se trata de realizar

[8] Las modificaciones introducidas por el RD-ley 5/2001 se mantuvieron en la posterior Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

[9] El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, refundió -de nuevo- la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET/2015), ya que el anterior TRLET/1995 sufrió "unas cuantas" modificaciones.

trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas o para realizar trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas); y, por otra parte, absorber supuestos del derogado contrato de duración determinada por obra o servicio determinado y del anterior contrato eventual, a raíz de la nueva redacción del artículo 15 TRLT/2015[10].

Así, desde el 30 de marzo de 2022, el contrato fijo-discontinuo, que se regula exclusivamente en el "nuevo" artículo 16 TRLET/2015, se puede utilizar para los supuestos siguientes:

- para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada;

- para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados;

- 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 las empresas de trabajo temporal (ETT) podrán celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición

[10] La supresión de las dos modalidades de contratos fijos-discontinuos, que conllevaba un distinto régimen jurídico (el del art. 12 de los contratos a tiempo parcial, para la modalidad de fijo-discontinuo para realizar trabajos fijos y periódicos; y del art. 16 para los trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas), se recoge de la siguiente forma en la justificación del RD-ley 32/2021: «*Desparece por fin la artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al existir una identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas.*

De esta manera, la presente normativa afina su definición de forma que lo decisivo es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados, de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

Podrán, además, desarrollarse a través de la contratación fija-discontinua, las actividades realizadas al amparo de contratas mercantiles o administrativas.

En definitiva, no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico, incluyéndolos en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato.

Esta nueva regulación asegura, además, la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los períodos de actividad en el contrato de trabajo, otorgando un papel fundamental a la negociación colectiva, entre otros, en relación con régimen de llamamiento o la formación y mejora de empleabilidad de las personas fijas discontinuas durante los periodos de inactividad.».

vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el artículo 15 TRLET (art. 10.3, párrafo segundo, LETT).

Ahora bien, de la redacción de los "nuevos" artículos 12 y 16 TRLET/2015, se plantea la duda de si el contrato fijo-discontinuo puede ser a tiempo parcial, en la medida que, si bien el artículo 12.2 establece que «*El contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación*.», el artículo 16 no hace mención expresa a la jornada a tiempo parcial de este contrato, salvo que los convenios colectivos de ámbito sectorial «*podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos*» (art. 16.5, párrafo segundo, TRLET/2015)[11].

Por tanto, no cabe duda que la nueva regulación del contrato fijo-discontinuo ha sido una de las "estrellas" de la reforma laboral del RD-ley 32/2021[12].

[11] Sobre esta cuestión, v. Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, "¿Qué diferencia hay entre un contrato fijo-discontinuo y un contrato a tiempo parcial tras la reforma del RDLey 32/2021?" (entrada del 23 de mayo de 2022), en su Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales (https://ignasibeltran.com/2022/05/23/que-diferencia-hay-entre-un-contrato-fijo-discontinuo-y-un-contrato-a-tiempo-parcial-tras-la-reforma-del-rdley-32-2021/).

[12] Como se puede apreciar realizando una consulta en cualquiera de los buscadores habituales en el ámbito jurídico (v. Dialnet:.dialnet.unirioja.es; p. ej. el número Extraordinario 0. de 2022 de la revista Noticias CIELO: Dedicado a "La reforma laboral española de 2021: puntos críticos del Real Decreto-Ley 32/2021" -número especial coordinado por Lourdes Mella Méndez-; o el número Extraordinario 0 de 2022 de la revista Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, dedicado a la reforma laboral de 2021; o como pone de manifiesto Eduardo Rojo Torrecilla en su blog: "Una primera recopilación sobre las valoraciones de la reforma laboral de 2021 en la blogosfera laboralista, redes sociales y medios de comunicación (III) Contratación temporal estructural y contrato fijo discontinuo" en El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales -entrada del viernes, 21 de enero de 2022 (http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/una-primera-recopilacion-sobre-las_21.html- o en la primera recopilación que ha realizado sobre las valoraciones de la reforma laboral de 2021 en la blogosfera laboralista, redes sociales y medios de comunicación (entrada del lunes 24 de enero de 2022 - http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/una-primera-recopilacion-sobre-las_24.html- o en la entrada sobre "La reforma laboral. Unas notas, forzosamente incompletas, de bibliografía para contribuir a su difusión" (entrada del viernes 29 de abril de 2022: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/04/la-reforma-laboral-unas-notas.html.

Sobre la reforma del contrato fijo-discontinuo, v. por todos, Antonio V. Sempere Navarro, "Sobre la contratación fija discontinua", Revista Aranzadi Doctrinal, nº 8/2022, BIB\2022\2942; María Arántzazu Vicente Palacio, "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas", Revista crítica de relaciones laborales, nº 2, Laborum, 2022, págs. 79-99; María de los Reyes Martínez Barroso, "Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral", Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 251, Aranzadi Thomson Reuters, 2022, págs. 153-216.

II. LA ANTIGÜEDAD Y EL TIEMPO EFECTIVAMENTE TRABAJADO EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO

Pues bien, de la evolución normativa realizada se puede afirmar que la regulación del contrato fijo-discontinuo no ha sido especialmente prolífica a la hora de establecer expresamente en su régimen jurídico el elemento de la antigüedad en la empresa o el tiempo de prestación efectiva de trabajo como factor determinante de los derechos de los trabajadores con ese tipo de contrato de trabajo, hasta la reforma introducida por el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

Así, ET/1980 no hacía referencia alguna, ni a la antigüedad ni al tiempo de trabajo efectivamente prestado, al prever el contrato fijo-discontinuo en su artículo 15.1.e). En cambio, el RD 2303/1980 si recogía expresamente que «(…). *Los derechos de antigüedad se computarán en razón del tiempo de trabajo efectivamente prestado.*» (art. 4.3). De forma similar acontecía con el contrato a tiempo parcial, en la medida que el artículo 12 ET/1980 no decía nada al respecto, pero en cambio el artículo 4 del Real Decreto 1362/1981 establecía que «*Los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a tiempo parcial disfrutaran como mínimo de iguales salarios y demás percepciones económicas que los trabajadores contratados a tiempo completo, beneficiándose asimismo de todos los derechos que sean compatibles con la naturaleza del contrato, si bien en la proporción correspondiente a los servicios que presten.*(…).» (en idénticos términos se recogía en el art. 9.c) del RD 1445/1982, de 25 de junio).

Por su parte, la Ley 32/1984, de 2 de agosto, que modificó el artículo 15 ET/1980, sobre la duración del contrato, e incluyó en el nuevo apartado 6 a los contratos fijos-discontinuos, tampoco decía nada al respecto. Como tampoco decía nada el RD 2104/1984, y eso que en sus artículos 11 a 14 se regularon la naturaleza y las formalidades del contrato fijo-discontinuo, así como las interrupciones de la actividad y el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos. En cambio, respecto del contrato a tiempo parcial, aunque la Ley 32/1984 dijera nada al respecto, el RD 1991/1984, de 31 de octubre, sí que recogió expresamente respecto del contrato a tiempo parcial, por una parte, que «*La remuneración del trabajador a tiempo parcial será proporcional a la establecida por Ley o Convenio Colectivo para el trabajador de la misma categoría profesional que ocupe un puesto de trabajo a tiempo completo, teniendo en cuenta la duración del trabajo y su antigüedad en la Empresa.*» (art. 2.2); y, por otra parte, que «*La antigüedad se determinará computando el tiempo trabajado desde el ingreso en la Empresa como si se tratara de un trabajador a tiempo completo*.» (art. 2.3).

A su vez, el RD-ley 18/1993, que derogó el artículo 15.6 ET e incluyó dentro del contrato a tiempo parcial (previsto en su art. 4) el contrato fijo-discontinuo, tampoco hacía

referencia ninguna a la antigüedad o tiempo efectivo de prestación de servicios para ambas modalidades de contratos. Sin embargo, el artículo 19 del RD 2317/1993 recogía expresamente que «*Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en función del tiempo trabajado, estén establecidas por ley o puedan determinarse por la negociación colectiva.*».

Esta situación se mantuvo en el TRLET/1995 hasta el RD-ley 15/1998, en la medida que modificó el artículo 12 TRLET/1995 (en la redacción dada por el RD-ley 8/1997 y la posterior Ley 63/1997, que no aportaron novedad alguna al respecto). El mencionado RD-ley 15/1998 estableció unas reglas del régimen jurídico aplicable a los contratos a tiempo parcial, incluidos los contratos fijos-discontinuos, entre las que se encontraba que «*Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado*.» [nuevo apartado 4, letra d) del art. 12 TRLET/1995]. Modificación que no se vio afectada por los cambios introducidos en el artículo 12 TRLET/1995 por la Ley 55/1999.

Pero la reforma introducida en el régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo por el RD-ley 5/2001 (que se mantuvo en la posterior Ley 12/2001) comportó un distinto tratamiento en cuanto al reconocimiento expreso del tiempo de trabajo efectivo. Así, mientras que en el nuevo artículo 15.8 TRLET/1995, que regulaba la modalidad de contrato fijo-discontinuo para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, no se decía nada, en cambio, al no modificarse la redacción del artículo 12.4.d) TRLET/1995, para la modalidad de contrato fijo-discontinuo -como contrato a tiempo parcial- para realizar trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la empresa, se mantenía la referencia a que esos trabajadores tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo y que cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Esta distinta regulación se mantuvo en el TRLET/2015, pero se debe recordar que la modalidad de contrato fijo-discontinuo para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, pasó a regularse específicamente en el "nuevo" artículo 16 TRLET/2015 (pero con el mismo contenido), manteniéndose en el artículo 12 TRLET/2015 -sobre el contrato a tiempo parcial- para la modalidad de fijo-discontinuo

para realizar trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

Pero antes de la reforma introducida por el RD-ley 32/2021, cabe señalar que a la letra d) del apartado 4 del artículo 12 TRLET/2015[13] (en la redacción dada por el RD-ley 15/1998), se le añadió «*debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres*» por el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación[14]. Cuestión totalmente innecesaria, en la medida que la no discriminación, directa e indirecta, entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico, y que como tal se debe integrar y observar en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4, en relación con el art. 3, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres -LOIEMH-), lo que lleva a los tribunales a realizar una interpretación con perspectiva de género[15]. Además, prohibición de discriminación reforzada por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Como ya se ha señalado, la dualidad de modalidades de contratos fijos-discontinuos desaparece con la modificación introducida por el Real Decreto-ley 32/2021, estableciendo un único régimen jurídico para todos los supuestos de contratos fijos-discontinuos que se regulan en el "nuevo" artículo 16 TRLET/2015. Y expresamente se introduce el concepto de antigüedad de las personas trabajadoras fijas-discontinuas, de la siguiente forma: «*Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.*» (art. 16.6, párrafo segundo, TRLET/2015).

---

[13] Recuérdese que el artículo 12 TRLET/2015 sólo regulaba la modalidad de contrato fijo-discontinuo para realizar trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

[14] La redacción de la letra d) del apartado 4 del artículo 12 TRLET/2015 quedó de la siguiente forma: «*Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.*».

[15] V., por todas, STS 815/2019, de 3 de diciembre (rc. 141/2018, ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego) sobre incentivos a la producción y permisos retribuidos; y STS 717/2019, de 22 de octubre (rc. 78/2018, ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer) sobre permisos retribuidos.

Así las cosas, se puede concluir que la inclusión de la antigüedad en la regulación del contrato fijo-discontinuo a efectos de determinar que los trabajadores fijos-discontinuos tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo ha sido casi anecdótica hasta la nueva regulación del artículo 16 TRLET/2015 por el RD-ley 32/2021. Si bien es cierto que solo el RD 2303/1980, de 17 de octubre, sobre aplicación del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación temporal, hizo expresa mención a los derechos de antigüedad en el artículo dedicado a los contratos para trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo (recuérdese que el contrato fijo-discontinuo se incluía en el art. 15.1 ET/1980 como una modalidad de contrato de duración determinada), sin embargo la vinculaba al tiempo de trabajo efectivamente realizado (art. 4.3)[16].

Lo mismo se puede decir de la regulación del contrato a tiempo parcial, ya que siempre se ha hecho referencia a que tienen los mismos derechos que los trabajadores contratados a tiempo completo en función -proporción- del tiempo trabajado, aunque con una excepción: el Real Decreto 1991/1984, que establecía que la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial sería proporcional teniendo en cuenta la duración del trabajo y su antigüedad en la empresa, determinándose ésta -la antigüedad- computando el tiempo trabajado desde el ingreso en la empresa como si se tratara de un trabajador a tiempo completo (art. 2, apartados 2 y 3).

Ahora bien, respecto del contrato a tiempo parcial se debe destacar que, a partir del RD 2317/1993, se hace expresa mención a que los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo que por la naturaleza -peculiaridades- de los derechos se les puede reconocer en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional en función del tiempo trabajado.

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico se anticipó a lo establecido en la Cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES) y que se incorporó como Anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. Concretamente, la Cláusula 4 del Acuerdo marco, con el título «Principio de no discriminación», establece que «Por lo que respecta a las condiciones de empleo, 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

[16] Artículo 4.3 RD 2303/1980: «(…). *Los derechos de antigüedad se computarán en razón del tiempo de trabajo efectivamente prestado.*».

diferente por razones objetivas.» (apartado 1)[17] y que «Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis.» (apartado 2)[18].

Con la actual redacción del artículo 16 TRLET/2015, tras la reforma introducida en el TRLET/2015 por el RD-ley 32/2021, se puede afirmar que, a los trabajadores con contrato fijo-discontinuo, independientemente de la modalidad de la que se trate, como se les debe reconocer su antigüedad teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, se les ha equiparado a los trabajadores a tiempo parcial. Así, si un trabajador fijo-discontinuo presta servicios a tiempo completo durante un periodo estacional o de temporada, que equivale a realizar la mitad de la jornada anual establecida en el convenio colectivo de aplicación, (p. ej. si la jornada anual es de 1.700 horas y realiza 850 horas) y un trabajador con un contrato -independientemente de su duración- a tiempo parcial, presta servicios durante todo el año pero por un tiempo incluso inferior a la mitad de la jornada anual del convenio colectivo (siguiendo el ejemplo, 700 horas), a ambos trabajadores se les debe reconocer la antigüedad en la empresa durante todo el año, de la misma forma, que a los trabajadores a tiempo completo que presten servicios durante todo el año. Otra cosa será, los efectos del reconocimiento de esa antigüedad, especialmente a efectos retributivos, ya que en ese caso se les debería aplicar de forma proporcional en función del tiempo trabajado (*pro rata temporis*, en términos del Acuerdo marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial), siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia, y sin que exista un supuesto de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, excepto que una disposición legal, reglamentaria o el propio convenio colectivo establezca un trato más favorable para esos trabajadores.

Realmente, lo que ha pretendido el RD-ley 32/2021, al reconocer el derecho de los trabajadores fijos-discontinuos, a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, (con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia) es garantizar el principio de no discriminación e igualdad de trato de estos trabajadores respecto de los trabajadores que presten servicios todo el año a tiempo

[17] A lo que añade: «*Cuando existan razones objetivas que lo justifiquen, los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, podrán, en su caso, subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un período de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales. Deberían reexaminarse periódicamente los criterios de acceso a los trabajadores a tiempo parcial a condiciones de trabajo particulares, habida cuenta del principio de no discriminación previsto en el punto 1 de la cláusula 4.*» (apartado 4).

[18] Se establece que, de todas formas, «*Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación de la presente cláusula, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales*.» (apartado 3).

completo, sin perjuicio de las especialidades asociadas a la modalidad contractual fija-discontinua.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2022

La sentencia que da lugar a este comentario sobre la incidencia de la antigüedad *versus* tiempo efectivamente trabajado en los derechos laborales de los trabajadores con un contrato fijo-discontinuo[19], desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina[20] presentado contra la sentencia del TSJ de Cantabria de 7 de junio de 2019[21], que confirmó la SJS de Santander de 19 de febrero de 2018[22], en la que se computó todo el tiempo transcurrido desde que se inició la prestación de servicios de una trabajadora fija-discontinua de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo (UIMP), incluyendo los periodos de inactividad, a efectos del reconocimiento del complemento de antigüedad establecido en convenio colectivo, sin que en éste se estableciera el cómputo de los periodos de inactividad.

La empresa, disconforme con el criterio de la STSJ de Cantabria, formula recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 14 de diciembre de 1999[23], en la que una trabajadora contratada como fija-discontinua, en un centro escolar solicitaba que, a efectos del complemento de antigüedad, se debía computar todo el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral, sin que procediese el descuento de los periodos de inactividad laboral, propios del contrato fijo-discontinuo, petición que se rechazó con los siguientes argumentos: conforme al artículo 25.1 TRLET/2015, las retribuciones a pagar por complemento de antigüedad son las que se fijan en los convenios colectivos o en los contratos de trabajo, siempre que no sean discriminatorias;

[19] No se abordan cuestiones en materia de seguridad social, si bien el reconocimiento del cálculo de la antigüedad teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados puede tener realmente incidencia en materia de prestaciones [v. p. ej. la STS 622/2022, de 6 de julio -rcud. 622/2022, ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance-, en la que se reconoce la pensión de jubilación anticipada a un trabajador fijo-discontinuo que estuvo en situación legal de desempleo durante un periodo de inactividad de su contrato, y sin solución de continuidad, se extinguió la relación laboral y posteriormente solicitó la jubilación anticipada, ya que entiende que se ha cumplido la exigencia legal -art. 207.1.b) TRLGSS- de encontrarse inscrito como demandante de empleo durante seis meses, siendo irrelevante que parte de dicho plazo correspondiera a un periodo de inactividad).

[20] STS, Sala de lo Social, 738/2022, de 14 de septiembre de 2022 (rcud. 3465/2019, ponente: Excma. Sra. Dª Rosa María Virolés Piñol).

[21] Recurso suplicación nº 311/2019.

[22] Autos nº 719/2017.

[23] Recurso suplicación nº 1987/1999.

ni el convenio colectivo, ni ninguna norma reglamentaria, como el RD 2104/1984, obligaban a computar los periodos de inactividad para la fijación del complemento salarial por antigüedad, sin que se pudiera aplicarse la normativa de los contratos a tiempo parcial que era diferente y se encontraba recogida en una norma reglamentaria distinta dictada antes, el RD 1991/1984, de 31 de octubre.

A) Cuestión litigiosa

La sentencia del Tribunal Supremo viene a resolver -una vez más- la cuestión relativa a determinar cómo se computa la antigüedad de las personas trabajadoras con contratos fijos-discontinuos a efectos de devengar el complemento salarial por antigüedad. Concretamente, si a efectos del complemento de antigüedad debe computarse todo el tiempo transcurrido desde que se inició la prestación de servicios, incluyendo los periodos de inactividad, o sólo el tiempo de prestación efectiva de servicios, esto es, el periodo de tiempo efectivamente trabajado.

Bien es cierto que, en el caso de autos (que afecta a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo -UIMP-), el convenio colectivo de aplicación, a la hora de fijar el complemento de antigüedad, no contenía ninguna regla concreta que condicionara el devengo de trienios al tiempo de prestación efectiva de servicios, ya que sólo establecía que el trabajador percibirá en concepto de complemento de antigüedad una cuantía fija mensual de acuerdo con las reglas consignadas, pero sin matización referida al "trabajo efectivo" como hacen otros convenios colectivos[24].

De ahí que la sentencia recurrida confirmase la sentencia de instancia, en la medida que el convenio colectivo de aplicación no condicionaba el devengo del complemento de antigüedad -trienios- al tiempo de prestación efectiva de servicios, en aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial sobre la materia que se introdujo en el año 2019, a raíz del Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, (asuntos acumulados C-439/18 y 472/18).

---

[24] Según el art. 40 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, vigente en el momento de los hechos: «*1. El trabajador percibirá en concepto de complemento de antigüedad una cuantía fija mensual de acuerdo con las siguientes reglas:*

a) Las cantidades que, a la fecha de entrada en vigor de este convenio, viniera percibiendo mensualmente cada trabajador en concepto de antigüedad se mantendrán fijas e inalterables en sus actuales cuantías y se consolidarán como complemento personal no absorbible de antigüedad.

b) El valor del nuevo trienio es el que se fija en el Anexo I, sin distinción de categoría.

2. Se reconocerán a efectos de antigüedad los servicios previos prestados en todas las Administraciones Públicas, así como los del período de prueba y aquéllos correspondientes a contrataciones temporales de cualquier naturaleza laboral en dichas Administraciones.

3. Los trienios empezarán a devengarse a partir del día 1.º del mes en que se cumpla cada trienio y se percibirán en todas las mensualidades y en las pagas extraordinarias.»

B) Doctrina “tradicional” del Tribunal Supremo

Según la consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre si, a efectos de promoción económica (trienios) y -también- profesional de los trabajadores fijos-discontinuos, se debe computar todo el tiempo transcurrido desde la fecha de inicio la prestación de servicios o sólo el tiempo de prestación efectiva, es decir, solo el tiempo de trabajo efectivo durante los meses de cada campaña anual, o toda la anualidad completa, incluidos los periodos en los que no se trabaja, se debía concluir que solo eran computables los períodos de prestación efectiva de servicios, salvo que el convenio colectivo estableciera un régimen diferente en beneficio de los trabajadores.

Y en caso que la norma convencional estableciera que solo computase a tales efectos el tiempo de prestación "efectiva" de servicios, en aplicación de la interpretación literal de la norma convencional, se debía entender como sinónimo de días efectivamente trabajadores durante cada campaña[25].

Esta reiterada doctrina jurisprudencial, además, rechazaba los argumentos relativos a la desigualdad y falta de proporcionalidad que provocaba el distinto tratamiento de los fijos-discontinuos con relación a los trabajadores fijos, a tiempo completo o parcial, en la medida que «*es doctrina constitucional reiterada que el artículo 14 de la Constitución sólo se viola cundo se da desigual trato a situaciones de hecho y de derecho iguales, pero no cuando se trata de forma distinta o situaciones diferentes, cual es el caso que nos ocupa, por cuanto, como se trata de contratos diferentes, está justificada la diferente regulación de los mismos, máxime cuando resulta que los fijos discontinuos no son privados del complemento por antigüedad, sino que, simplemente, se establece un sistema distinto para su cómputo que en definitiva es proporcional al tiempo de prestación de servicios, lo que evidencia que el mismo respeta el principio constitucional de igualdad y que de acudirse al cómputo de la antigüedad que propugnan las demandas y acepta la sentencia recurrida nos encontraríamos con que se daría mejor trato al trabajador discontinuo que al que trabaja todo el año, por cuanto con*

[25] Doctrina recogida, entre otras, en la STS, Sala de lo Social, 29/2018, de 18 de enero de 2018 (rcud. 2853/2015, ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana), en un caso de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT). Según recoge el FD 4º, «*Esta solución es la que ha venido siguiendo esta Sala desde su sentencia de 5 de marzo de 1997 (R.2827/1996) en la que se planteó la cuestión del cómputo de la antigüedad de los fijos-discontinuos y dijo que debía atenderse a los servicios efectivamente prestados, doctrina que han reiterado de forma más o menos explícita en ese particular y en el relativo a la aplicación del artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores y al Convenio Colectivo las posteriores sentencias de 6 de noviembre de 2002 (Rec. 1886/2002), 25 de abril de 2005 (Rec. 923/2004), 27 de junio de 2007 (Rec. 2461/2006), 20 de julio de 2010 (Rec. 2955/2009), 14 de octubre de 2014 (Rec. 467/2014) y 20 de noviembre de 2014 (Rec. 1300/2013), entre otras.*».

menos tiempo de trabajo efectivo conseguirá los beneficios que el convenio colectivo otorga a la mayor antigüedad.»[26].

Y, a su vez, se apoyaba en la jurisprudencia del TJUE para descartar la discriminación indirecta de la mujer por causa de ese complemento salarial, ya que «*esta solución interpretativa es la que más se adecua al sentido prístino del premio por antigüedad, cuyo objeto es premiar la mayor permanencia del trabajador en la empresa por la mayor experiencia que se adquiere con la estabilidad en el empleo, así como la lealtad que supone no cambiar de empresa llevando a otra los conocimientos adquiridos. En este sentido pueden citarse las sentencias del TJUE de 17 de octubre de 1989 Caso Danfoos y 3 de octubre de 2006. Caso Cadman y Healt, que resaltan la importancia de la experiencia que da la prestación de servicios efectivos y emplean ese dato para entender que no existe discriminación indirecta de la mujer por causa de ese complemento salarial.*»[27].

C) Fundamentos de la nueva doctrina del Tribunal Supremo

Esa reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se revisó por las sentencias de 19 de noviembre de 2019 y de 10 de diciembre de 2019[28]. Si bien recordaron la consolidada doctrina jurisprudencial sobre el cómputo sólo de los meses de prestación efectiva de servicios en cada campaña anual y no de todo el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral a efectos del complemento de antigüedad previsto en el convenio colectivo de la AEAT[29], a raíz

[26] FD 5º STS de 18 de enero de 2018 (rcud. 2853/2015).

[27] FD 3º STS de 18 de enero de 2018 (rcud. 2853/2015).

[28] SSTS 790/2019 -rcud. 2309/17- y 852/2019 -rcud. 2932/17-, respectivamente (siendo ponente de ambas la Excma. Sra. D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga, y tratándose también de asuntos de la AEAT).

[29] Mencionaron las SSTS de 18 enero, (2) y 13 de marzo 2018 (2) -rcud. 2853/2015, 192/2017 y 562/2017; y 77/2017 y 446/2017, respectivamente-, 5 junio 2018 (2) -rcud.1836/17 y 2370/2017-, 17 julio 2017 -rcud. 2129/2017-, 12 septiembre 2018 (3) -rcud. 27842017, 3300/17 y 3309/17- 18 diciembre 2018 -rcud. 300/2017-, 9 enero 2019 -rcud. 1800/2017-, y 5 de marzo de 2019 -rcud. 3147/2017-, recogiendo la fundamentación recogida en la última sentencia citada (cuya ponente fue la Excma. Sra. Dª Maria Lourdes Arastey Sahun), y según la cual (FD 2º):

«*1. La cuestión que se suscita ha sido ya analizada por esta Sala IV en anteriores pronunciamientos, para examinar el alcance de las reglas del convenio colectivo que aquí está en cuestión.*

2. El presente debate guarda diferencias con el que se sostenía en el caso de la STS/4ª de 11 junio 2014 (rcud. 1174/2013), que invoca la sentencia referencial. Como pusimos de relieve en la STS/4ª/Pleno de 25 enero 2018 (rcud. 3473/2015)-, dicha sentencia estaba destinada a interpretar un convenio colectivo distinto; lo que también hemos recordado en las STS/4ª de 18 enero, 1 (2) y 13 (2) marzo 2018 (rcud. 2853/2015, 192/2017 y 562/2017; y 77/2017 y 446/2017, respectivamente), 5 junio 2018 -2- (rcud.1836/17 y 2370/2017), 17 julio 2017 (rcud. 2129/2017), 12 septiembre 2018 (3) (rcud. 2784/17, 3300/17 y 3309/17), 18 diciembre 2018 (rcud. 300/2017) y 9

del Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 y 472/18 -que resolvió sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el TSJ de Galicia también sobre la AEAT-) modificaron la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la forma de computar la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT, a efectos de promoción económica -trienios- y promoción profesional.

Según el Auto del TJUE, la medida y la práctica que se aplicaba a las trabajadoras fijas-discontinuas de la AEAT a efectos del cómputo del tiempo efectivo de servicios para tener derecho al complemento de antigüedad previsto en el convenio colectivo son

---

enero 2019 (rcud. 1800/2017), que son las que hasta ahora nos han llevado a dar respuesta a litigios idénticos al que aquí se nos plantea.

3. Precisamente en esas sentencias ya señalábamos que la aproximación al convenio colectivo de la AEAT había de llevar a compartir la solución que ahora se plasma en la sentencia recurrida; particularmente porque "el complemento de antigüedad se regula por el convenio colectivo que lo crea y especifica los requisitos que se deben acreditar para tener derecho al mismo, la cuestión planteada queda reducida a determinar el alcance de las disposiciones del convenio colectivo".

4. Del tenor literal del art. 67.1 del convenio se deriva que, para cumplir cada trienio, es imprescindible reunir tres años de prestación de servicios efectivos.

En nuestra doctrina jurisprudencial hemos admitido que "el concepto de antigüedad es complejo y no tiene un sentido unívoco, ni desempeña la misma función en los distintos aspectos que puede tener en la relación laboral porque, la antigüedad es, según uno de los significados que recoge el Diccionario de la Real Academia, "el tiempo transcurrido desde que se obtiene un empleo". Pero ese tiempo puede ser definido de forma distinta, según los efectos a los que se refiere su cómputo, y en el ámbito laboral puede no ser lo mismo la antigüedad a efectos de promoción económica que la antigüedad a efectos de promoción profesional o del cálculo de las indemnizaciones por la extinción del contrato..." (STS/4ª de 15 marzo 2010 -rcud. 90/2009 -).

5. No obstante, el Convenio aplicable al presente caso se refiere a la prestación de "servicios efectivos", sin hacer ningún tipo de matización ni incluir estipulaciones específicas en razón de la modalidad contractual empleada -lo que sí sucedía en los casos examinados en las STS/4ª de 11 junio 2014 y 18 enero 2018, que antes hemos citado-.

De ahí que debamos concluir que los negociadores del convenio ahora estudiado optaron por el cómputo del tiempo de prestación de servicios efectivos como concepto diferenciado del tiempo de vinculación a la empresa. Ello permite distinguir entre el periodo de vigencia -vinculación a la empresa- de los trabajadores con contrato fijo-discontinuo y el tiempo real de prestación de servicios de esos mismos trabajadores; y, finalmente, sostener que es al tiempo real de actividad al que el convenio colectivo del personal de la AEAT se refiere cuando incluye la regla de cómputo a efectos del complemento salarial de antigüedad.

6. Por ello, la pretensión del recurso no puede ser acogida, debiendo rechazarse también la invocación relativos a la desigualdad por cuanto "es doctrina constitucional reiterada que el art. 14 CE sólo se viola cuando se da desigual trato a situaciones de hecho y de derecho iguales, pero no cuando se trata de forma distinta a situaciones diferentes, cual es el caso que nos ocupa, por cuanto, como se trata de contratos diferentes, está justificada la diferente regulación de los mismos, máxime cuando resulta que los fijos discontinuos no son privados del complemento por antigüedad, sino que, simplemente, se establece un sistema distinto para su cómputo que en definitiva es proporcional al tiempo de prestación de servicios, lo que evidencia que el mismo respeta el principio constitucional de igualdad y que de acudirse al cómputo de la antigüedad que propugna la demanda y acepta la sentencia recurrida nos encontraríamos con que se daría mejor trato al trabajador discontinuo que al que trabaja todo el año, por cuanto con menos tiempo de trabajo efectivo conseguirá los beneficios que el convenio colectivo otorga a la mayor antigüedad" (STS/4ª de 13 marzo 2018, rcud. 446/2017)».

contrarias a la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial (incorporado como anexo en la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997)[30] y al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)[31], ya que constituyen una diferencia de trato en perjuicio de las mujeres -en el sentido de la jurisprudencia del TJUE recordada en el apartado 54 del propio auto-, a menos que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, y esto sucede cuando la medida y la práctica responden a una finalidad legítima y los medios elegidos para alcanzar esta finalidad son adecuados y necesarios a tal efecto.

Para llegar a esta conclusión, el Auto del TJUE señaló que:

- el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial tiene por objeto promover el trabajo a tiempo parcial y suprimir las discriminaciones entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo;

- la cláusula 4 del Acuerdo se opone, por lo que respecta a las condiciones de empleo, a que se trate a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables;

- las disposiciones que rigen el derecho a trienios constituyen condiciones de trabajo; ningún dato le permite dudar que los trabajadores fijos discontinuos y los trabajadores a tiempo completo de la AEAT se encuentran en situaciones comparables (observó que mientras los contratos de ambos tienen una duración

[30] La Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, cuya rúbrica es «Principio de no discriminación», dispone: «*1. Por lo que respecta a las condiciones de empleo, 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. 2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis*».

[31] El artículo 14, cuya rúbrica es «Prohibición de discriminación», establece en su apartado 1: «*No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:*

a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción;

b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica;

c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado;

d) la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.».

equivalente, el trabajador a tiempo parcial adquiere la antigüedad que da derecho a un trienio a un ritmo más lento que un trabajador a tiempo completo -el trabajador a tiempo completo adquiere el derecho a un trienio al cabo de un periodo de empleo de tres años consecutivos, en cambio el fijo discontinuo que ha trabajado cuatro meses al año, lo adquirirá al cabo de nueve años-);

- el principio de no discriminación entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo se aplica a las condiciones de empleo, entre las que figura la retribución, que incluye los trienios, por lo que la retribución de los trabajadores a tiempo parcial debe ser la misma que la de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio *pro rata temporis*;

- el concepto de "razones objetivas" que figura en la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo Marco, que permite justificar una diferencia en las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, no puede ampararse en el hecho de que una norma nacional general y abstracta lo prevea;

- la cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir el derecho a un trienio;

- la citada normativa constituye una discriminación indirecta ya que, tal como establece el Tribunal remitente, resulta aplicable mayoritariamente a las trabajadoras, que constituyen el grupo principal de trabajadores fijos discontinuos.

Además, el Auto del TJUE hizo constar expresamente que: «*El tribunal remitente hace referencia, en particular, a los datos disponibles en las páginas oficiales de transparencia del Gobierno español, según los cuales, a fecha de 31 de diciembre de 2016, el personal fijo discontinuo de la AEAT estaba integrado por 898 mujeres y 252 hombres, es decir, un 78,09 % de mujeres y un 21,91 % de hombres, proporción que se mantiene estable con respecto a los años anteriores. Pues bien, esta proporción entre los sexos es significativamente diferente de la del personal a tiempo completo de la AEAT, que emplea, por lo que respecta a los funcionarios, a un 53,88 % de mujeres por un 46,12 % de hombres y, en lo que atañe a los contratados laborales, a un 35,21 % de mujeres por un 64,39 % de hombres. Además, según el tribunal remitente, esta situación se compadece con la proporción general de las trabajadoras a tiempo parcial en todos los empleos. Así, según los datos de la última encuesta de población activa (correspondiente al primer trimestre de 2018), de los 2 814 300 trabajadores a tiempo parcial, 2 104 100 eran mujeres, mientras que 710 200 eran hombres. El examen de la*

evolución de estas cifras a lo largo del tiempo arroja la conclusión de que esta proporción oscila alrededor del 75 % de mujeres, habiendo alcanzado en algunas ocasiones el 80 %.

De lo anterior resulta que, ciertamente, el cálculo de la antigüedad de una trabajadora fija-discontinua tomando en consideración exclusivamente el tiempo efectivamente trabajado, y no el de la duración de la relación laboral, está formulado de manera neutra. Sin embargo, la medida controvertida en los litigios principales afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres.».

En virtud de los argumentos del Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 y 472/18), las mencionadas SSTS de 19 de noviembre de 2019 y de 10 de diciembre de 2019 revisaron la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la forma de computar la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT, a efectos de promoción económica -trienios- y promoción profesional. Así, a los trabajadores fijos-discontinuos de la AEAT se les debe computar todo el tiempo de duración de la relación laboral, ya que la regulación prevista en el convenio colectivo de la AEAT ha de ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el artículo 12.4 d) TRLET/2015 y en la cláusula 4 de Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial de la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997.

En caso contrario, esto es, si se mantuviera que se les computa únicamente el tiempo efectivamente trabajado, se produciría una diferencia de trato peyorativa para los trabajadores a tiempo parcial (fijos-discontinuos) respecto de los trabajadores a tiempo completo, ya que, ante un mismo periodo de prestación de servicios, los trabajadores a tiempo completo devengarían un trienio al transcurrir tres años, mientras que a los trabajadores a tiempo parcial (fijos-discontinuos) se les tendría en cuenta, no la duración de la relación laboral, sino el tiempo de servicios efectivamente prestados y podrían llegar a devengar el trienio más allá de los tres años.

Además, ambas sentencias señalaron que la anterior doctrina jurisprudencial era contraria a la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, establecida en el apartado 2 del artículo 6 LOIEMH[32], y en el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE[33] -

[32] El artículo 6 LOIEMH, cuya rúbrica es «Discriminación directa e indirecta», establece en su apartado 2 que: «*Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados*.».

[33] Según el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE, a efectos de esta Directiva, se entiende por "«*discriminación indirecta*»: *la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse*

tal y como se ha interpretado por el TJUE-, ya que «*Teniendo en cuenta que el porcentaje de trabajadoras que prestan sus servicios en la AEAT es muy superior al de trabajadores -un 78,09 % de mujeres y un 21,91 % de hombres, proporción que se mantiene estable con respecto a los años anteriores- es evidente que la aparentemente neutra regulación convencional afecta mayoritariamente a las trabajadoras, por lo que no cabe una aplicación literal del artículo 67 del Convenio para regular la antigüedad de los trabajadores de la demandada*[34] *ya que entraña una discriminación indirecta para las trabajadoras, proscrita por la normativa anteriormente transcrita*.».

Pues bien, esta nueva doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo introducida por las sentencias de 19 de noviembre de 2019 y de 10 de diciembre de 2019, ha sido seguida por otras muchas sentencias[35], incluida la sentencia que propicia este comentario.

---

objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios;".

[34] El artículo 67 del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (BOE de 11 de julio de 2016), establecía lo siguiente: «*1. Antigüedad. Este complemento está constituido por una cantidad fija de 24,86 euros mensuales, que se devengarán a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral prestando servicios efectivos en el ámbito de aplicación de este Convenio. Para fijar el cómputo de tiempo de los nuevos trienios a devengar, se considerará como fecha inicial la del reconocimiento del último vencimiento del complemento de antigüedad perfeccionado*.».

A su vez, en artículo 70 del convenio colectivo fijaba que: «*Los trabajadores que presten sus servicios en jornada inferior a la ordinaria o por horas, excepto lo previsto en el artículo 34 del presente Convenio, percibirán sus retribuciones en proporción a la jornada que efectivamente realicen, salvo las horas extraordinarias y las indemnizaciones a que se refiere el artículo 73, cuya liquidación se calculará aplicando los importes del anexo III y los contemplados en la normativa sobre comisiones de servicio*.».

Y el artículo 30.1 del convenio colectivo, sobre los fijos-discontinuos- establecía lo siguiente: «*1. Régimen aplicable.*

Los trabajadores fijos discontinuos se regirán por lo establecido en el presente Capítulo. En lo no previsto en el mismo, les será de aplicación lo establecido, con carácter general, en el presente Convenio, siempre que no sea contradictorio con las características de este tipo de contratación. En concreto, a estos trabajadores les será de aplicación el mismo régimen de incompatibilidades que al resto del personal laboral de la Agencia Tributaria, debiendo dar cumplimiento del mismo desde el primer día de prestación efectiva de servicios en cada campaña a la que sean llamados.

Los trabajadores fijos discontinuos prestarán servicios en el ámbito territorial al que venga referenciado su contrato de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de prestar servicios en otros ámbitos de manera voluntaria y en el supuesto de que no existan suficientes trabajadores fijos discontinuos en el nuevo ámbito territorial, de acuerdo con el procedimiento que establezca la Administración y la representación de sus trabajadores. La duración de las campañas, el número de trabajadores requeridos por cada una de ellas y la distribución por delegación de dichos trabajadores será la establecida previamente a cada campaña por la Agencia Tributaria.

Los períodos de tiempo trabajados como fijos discontinuos se computarán a efectos de antigüedad como trabajadores de la Agencia Tributaria a todos los efectos».

[35] Entre otras, SSTS de 19 de mayo de 2020 (rcud. 3625/2017), también respecto de la AEAT; de 1 de febrero de 2021 (rcud. 4073/2018), de 4 de mayo de 2021 (rcud. 3156/2018), de 13 de octubre de 2021 (rcud. 3650/2018), y de 27 de abril de 2022 (rcud. 812/2019), respecto de trabajadores fijos-discontinuos de la UIMP.

Concretamente, la STS de 14 de septiembre de 2022 aplica la reciente doctrina jurisprudencial, repitiendo los fundamentos recogidos en la STS de 27 de abril de 2022[36] sobre el artículo 40 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo sobre el complemento de antigüedad, que no son más que los recogidos en las sentencias de 19 de noviembre de 2019 y de 10 de diciembre de 2019. En este sentido, entiende que la exclusión de los periodos no trabajados por los trabajadores fijos-discontinuos para adquirir el derecho a un trienio va contra la normativa europea, sin que sea una razón objetiva la existencia de una norma general y abstracta que así lo prevea. Además, como el convenio colectivo del personal laboral de la UIMP tan solo dispone que, a efectos de trienios para los trabajadores fijos-discontinuos, se reconocerán los servicios previos prestados sin que, en esos generales términos puedan entenderse excluidos los periodos en los que no existe actividad, no constituyendo estos términos una razón objetiva que permita mantener un trato diferente para este colectivo de trabajadores.

IV. CONCLUSIÓN VALORATIVA

La actual regulación del artículo 16 TRLET/2015 sobre el contrato fijo-discontinuo, vigente desde el 30 de marzo de 2022, al establecer que «*Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.*», es consecuente con la nueva doctrina jurisprudencial sobre el complemento de antigüedad en el contrato fijo-discontinuo.

Es más, cabe entender que el Gobierno, al introducir la modificación de ese reconocimiento de la antigüedad, era conocedor de la nueva doctrina jurisprudencial sobre la igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores con contrato fijo-discontinuo -que realmente trabajan con jornada a tiempo parcial- en relación con los trabajadores con contratos a tiempo completo a efectos del devengo del complemento salarial de antigüedad, en la medida que debe computarse todo el tiempo transcurrido desde que se inició la prestación de servicios, incluyendo los periodos de inactividad, y no únicamente el tiempo de prestación efectiva de servicios (sin que pueda considerarse como una razón objetiva que justifique un trato diferente que el convenio colectivo prevea el cómputo exclusivamente del tiempo de prestación efectiva de servicios).

[36] (Recurso de casación para la unificación de doctrina 812/2019, ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Ahora bien, se debe plantear la cuestión de si ese nuevo reconocimiento legal de la antigüedad de los trabajadores fijos-discontinuos -teniendo en cuenta la nueva doctrina jurisprudencial sobre el complemento de antigüedad de los trabadores con contrato fijo-discontinuo- se puede aplicar a otras condiciones de empleo y de trabajo. Esto es, si el cómputo de toda la duración de la relación laboral y no exclusivamente del tiempo de servicios efectivamente prestados puede extenderse a otras situaciones laborales, como podría ser a efectos del cálculo de una indemnización por extinción del contrato de trabajo.

A estos efectos, se debe tener presente que el propio artículo 16.6, párrafo segundo, TRLET/2015, al establecer que el derecho a que la antigüedad de los trabajadores fijos-discontinuos se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, admite excepciones. Excepciones que deben estar en función de la naturaleza y peculiaridades de las condiciones de trabajo concretas de que se trate, y precisamente por esas particularidades deban tener otro tratamiento, es decir, que se compute únicamente el tiempo de servicios efectivamente prestados y no toda la duración de la relación laboral. Eso sí, que ese distinto tratamiento «*responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia*», o lo que es lo mismo, en palabras del Acuerdo marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial incorporado como Anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, «*que se justifique un trato diferente por razones objetivas*» (Cláusula 4.1, sobre el Principio de no discriminación).

En este sentido, cabe recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha manifestado en diversas ocasiones sobre qué se incluye en el término «*condiciones de trabajo*» de la Cláusula 4 (con la rúbrica «Principio de no discriminación») del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, e incorporado como Anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (cláusula que tiene la misma redacción que la del Acuerdo marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial, con la excepción que en este se hace referencia a las «*condiciones de empleo*»). Y en este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha manifestado que «*Dado que el tenor de la cláusula 4, apartados 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial y el de la cláusula 4, apartados 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada son, en esencia, idénticos, procede señalar que las consideraciones expresadas en relación con una de estas disposiciones son igualmente válidas, "mutatis mutandis", con respecto a la otra*.»[37].

[37] Apartado 34 de la STJUE de 7 de abril de 2022, en el asunto C-236/20.

Y se puede concluir que «*el TJUE ha entendido que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario [1]. Así, por ejemplo, se ha considerado que están incluidas en este concepto, concretamente, las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada [2]; o la indemnización concedida al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empleador, ya que se abona debido a la relación laboral que se ha establecido entre ellos [3]*»[38].

Así las cosas, cualquier condición de trabajo en la empresa en la que se tenga en cuenta la antigüedad, en el caso de los trabajadores fijos-discontinuos se computará toda la duración de la relación laboral, incluidos los periodos de inactividad. En cambio, en los supuestos de aquellas condiciones que en atención a su naturaleza exijan otro tratamiento, a los trabajadores fijos-discontinuos se les puede computar exclusivamente el tiempo de servicios efectivamente prestados, siempre y cuando se pueda justificar mediante criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

Pues bien, entre estos últimos, habría que incluir el cálculo de las indemnizaciones por despido, en la medida que el Estatuto de los Trabajadores las fija en función de los años de servicio y no de la antigüedad en la empresa. Años de servicio que incluye el tiempo de trabajo efectivo, las interrupciones de la prestación de servicios (periódicas y no periódicas) y las suspensiones del contrato (excepto algunas de ellas -p. ej. excedencia voluntaria). Y, concretamente, sobre los contratos fijos-discontinuos, el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en su sentencia de 30 de julio de 2020[39] y ha establecido que la doctrina del Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos C-439/18 y C-472/18) y la nueva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sobre el complemento de antigüedad, no se aplican a efectos del cálculo de la indemnización por despido, en la medida que la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos, no debe calcularse sobre la base de los años naturales en que haya estado en la empresa sino, con base en los periodos de actividad, en los

[38] Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, "Discriminación y abuso en la temporalidad" (última actualización de su entrada: 15/10/22), en su Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales (https://ignasibeltran.com/guia-jurisprudencial-sobre-discriminacion-y-abuso-en-la-temporalidad/#_ftn1). La cita [1] es la siguiente: Entre otras, SSTJUE 12 de diciembre 2013 (C-361/12), Carratù; 13 de marzo 2014 (C-38/13), Nierodzik; y 5 de junio 2018 (C-677/16), Montero Mateos. La cita [2] es la siguiente: STJUE 13 de marzo 2014 (C-38/13), Nierodzik. Y la cita [3] es la siguiente: STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14), de Diego Porras 1.

[39] STS, Sala de lo Social, 730/2020, de 30 de julio de 2020 (rcud. 324/2018, ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance).

que el trabajador haya prestado efectivamente servicios, ya que en caso contrario no guardaría proporción con la efectiva prestación de servicios en la empresa[40].

Además, añade la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2020, «*No se causa discriminación a los trabajadores fijos discontinuos. Un trabajador fijo discontinuo percibirá la misma indemnización por despido que un trabajador fijo a tiempo completo que haya prestado servicios laborales durante un lapso temporal igual a la suma de los periodos de ocupación del fijo discontinuo y que perciba el mismo salario regulador del despido. En ambos casos se computan los servicios efectivamente prestados con esta finalidad.*».

Teniendo en cuenta lo anterior, no se entiende muy bien las "expectativas" de unos y los "temores" de otros cuando se conoció que el nuevo artículo 16.6, párrafo segundo, TRLET/2015 recogía el cómputo de la antigüedad teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, ya que expresamente admite excepciones (la de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia), salvo que se quisieran crear falsas ilusiones o crear alarmismo jurídico.

No obstante, cabría plantearse la cuestión de si pudiera existir una discriminación indirecta por razón de sexo, en la medida que el porcentaje de mujeres con contratos fijos-discontinuos sea mayoritario respecto del global de contratos de esa modalidad. A estos efectos, se debe tener presente que el año 2021 se cerró con un total de 351.200 contratos fijos-discontinuos, de los cuales 137.900 correspondieron a hombres (39,27%) y 213.300 a mujeres (60,73%)[41].

En relación con esta cuestión, se puede decir que, a fecha de hoy, el parecer del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no estaría por entender que pudiera existir una discriminación indirecta por razón de sexo. Y ello, en la medida que el Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021 (en el asunto C-841/19), en relación con la cuestión prejudicial solicitada[42] sobre la cuantía del límite que abona el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y que se reduce a los trabajadores a tiempo parcial en función de la relación entre la jornada laboral de estos y la jornada laboral de los trabajadores a tiempo

---

[40] En ese sentido se ha manifestado la doctrina. V., por todos, Antonio V. Sempere Navarro, "Vídeo-comentario a la STS nº 730/2020, de 30 julio. RJ 2020\3992", Aranzadi digital nº 1/2021. BIB\2021\755; Jesús García Ortega, "El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral", en AEDTSS [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf]; Inmaculada Ballester Pastor, "La contratación temporal y otras modalidades de contratación", en Manual básico de Derecho del Trabajo, 2ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, págs. 227-228.

[41] Fuente: INE, Asalariados por tipo de contrato o relación laboral y sexo.

[42] Planteada por el JS nº 41 de Madrid.

completo, aplicando el principio de *pro rata temporis*, el TJUE ha dicho que «*Los artículos 2, apartado 1, y 4 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, en lo atinente al pago, por la institución nacional responsable, de los salarios e indemnizaciones que no se han pagado a los trabajadores a causa de la insolvencia de su empresario, prevé un límite a ese pago en lo concerniente a los trabajadores a tiempo completo, el cual, respecto de los trabajadores a tiempo parcial, se reduce proporcionalmente a la jornada realizada por estos últimos en relación con la jornada realizada por los trabajadores a tiempo completo*».

Pero, como se ha visto, la doctrina jurisprudencial puede cambiar. Por tanto, habrá que estar expectantes a ver cómo evoluciona la jurisprudencia comunitaria y nacional al respecto.

DOCUMENTOS E INFORMES

LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA. COLABORAR CON LOS CIUDADANOS POR LA DEMOCRACIA PARA CONSTRUIR UNA EUROPA MÁS RESILIENTE

Por

MIGUEL COLINA ROBLEDO
Funcionario (j) de la Escala Técnica de Gestión de Organismos Autónomos

micoro1946@gmail.com

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: La Conferencia sobre el Futuro de Europa, después de doce meses de trabajo, en su Informe Final recoge pormenorizadamente las propuestas y las medidas recomendadas para alcanzar sus objetivos en relación con los temas que preocupan a los ciudadanos europeos y a las instituciones de la UE y de los que la Unión se deberá ocupar en el futuro, agrupados en áreas temáticas referidas a: la construcción de un continente saludable; la lucha contra el cambio climático y los retos medioambientales; una economía que funcione para las personas; la justicia social, la igualdad y la solidaridad intergeneracional; la transformación digital de Europa; la Unión Europea en el mundo; valores y derechos, incluido el Estado de Derecho ; la seguridad; los retos de la migración; los fundamentos de la democracia europea; la educación, la cultura, la juventud y el deporte; y el fortalecimiento de los procesos democráticos que rigen la Unión Europea. En este trabajo, además de la referencia a los objetivos, la estructura y el funcionamiento de la Conferencia, se reseñan, de las más de trescientas medidas propuestas en el Informe Final sobre los Resultados de la Conferencia, las que tienen directa o indirectamente relación con las cuestiones que configuran el ámbito de competencias de la UE en materia de empleo y de política social. También se incluye la primera reacción de las tres instituciones ante el seguimiento de las medidas propuestas en la Conferencia.

PALABRAS CLAVE: Europa de los ciudadanos; democracia europea; justicia social; diálogo social; interlocutores sociales; empleo; mercado de trabajo; condiciones de trabajo; tiempo de trabajo; salarios; capacidades; formación profesional; pobreza; protección social; pensiones; discapacidad; igualdad; migración; juventud.

SUMARIO: I. La Declaración conjunta de los presidentes del Parlamento, del Consejo y de la Comisión de la Unión Europea para la convocatoria de la Conferencia sobre el Futuro de Europa.- II. El Informe Final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa.- III. El seguimiento del Informe Final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa. 3.1. Comunicación de la Comisión Europea sobre como transformar la visión de los resultados de la Conferencia sobre el Futuro de Europa en acciones concretas. 3.2. La evaluación técnica preliminar de las propuestas y medidas anexas incluidas en el Informe Final sobre los resultados de la Conferencia sobre el Futuro de Europa. El futuro está en tus manos. 3.3. Conclusiones del Consejo Europeo sobre los resultados de la Conferencia sobre el Futuro de Europa. 3.4. Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento de las conclusiones de la Conferencia sobre el Futuro de Europa. 3.5. El Discurso sobre el Estado de la Unión 2022. Una Europa que se mantiene firme unida.

THE CONFERENCE ON THE FUTURE OF EUROPE. ENGAGING WITH CITIZENS FOR DEMOCRACY AND BUILDING A MORE RESILIENT EUROPE

ABSTRACT: After twelve months of work, the Final Report on the Outcome of the Conference on the Future of Europe includes detailed proposals and measures to achieve its objectives regarding issues that worry citizens and the European institutions, and that the European Union will tackle in the future. Such proposals and measures are brought together along the following areas: building health continent; fight against climate change and environmental challenges; economics that works for people; social fairness, equality and intergenerational solidarity; Europe´s digital transformation; European Union in the world; European rights and values, including the Rule of Law, security; migration challenges; the Union´s democratic foundations; education, culture, youth and sport; and how to strengthen democratic processes governing the European Union. In addition to the Conference´s objectives, structure and operation, among the more than three hundred measures proposed in the Final Report on the Outcome of the Conference, this contribution outlines those measures, which directly or indirectly are connected with topics related to the European Union competences on employment and social policy. The initial reaction of the European institutions on the monitoring of measures proposed by the Conference is also covered by this contribution.

KEYWORDS: Europe for citizens; European democracy; social justice; social dialogue; social partners; employment; jobs; labor market; working conditions; working time; wages; skills; professional training; poverty; social protection; pensions; disability; migration; equality; youth.

SUMMARY: I. Joint Declaration of the presidents of the European Parliament, Council and the European Commission calling for the Conference on the Future of Europe.- II. Report on the Final Outcome of the Conference on the Future of Europe. The future is in your hands.- III. The follow up of the Report on the Final Outcome of the Conference on the Future of Europe. 3.1. Communication from the European Commission about the follow up of the Conference on the Future of Europe: Putting vision into concrete action. 3.2. Preliminary technical assessment of proposals and related specific measures contained in the Report on the final outcome of the Conference on the Future of Europe 3.3. European Council Conclusions about the results of the Conference on the Future of Europe. 3.4. European Parliament Resolution on the monitoring of the Conference on the Future of Europe Conclusions. 3.5. State of the Union Address 2022. A Union that stands strong together.

I. LA DECLARACIÓN CONJUNTA DE LOS PRESIDENTES DEL PARLAMENTO DEL CONSEJO Y DE LA COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA CONVOCATORIA DE LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

La Declaración conjunta de los presidentes del Parlamento, del Consejo y de la Comisión de la Unión Europea, suscrita el 21.03. 2021,(DOUE, CI 91,18.03.2021); Corrección de errores (DOUE, CI 93,19.03.2021) convocó la Conferencia sobre el Futuro de Europa, anunciada desde 2019, bajo el lema “Colaborar con los ciudadanos por la democracia: construir una Europa más resiliente”, para abordar los desafíos y las prioridades de Europa, mediante la puesta en marcha de una serie de debates y discusiones protagonizados por los ciudadanos de toda Europa, además de una plataforma digital multilingüe interactiva, con invitación especial a los jóvenes, llamados a jugar un papel central en la configuración del proyecto europeo en el futuro, que reflejara

la diversidad europea y llegara a cada rincón de la Unión, reforzando el vínculo entre los europeos y las instituciones de la Unión.

En la Declaración, basada en los principios de inclusión, apertura y transparencia, respeto a la privacidad de las personas y a las normas de protección de datos de la UE, y en los valores de la Unión, consagrados en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, tras recordar: la Declaración Schuman de hace setenta años, que sentó las bases de la Unión Europea, dando comienzo a un proyecto único que trajo paz y prosperidad y mejoró la vida de todos los ciudadanos europeos; poner de manifiesto la conveniencia de reflexionar sobre la Unión, los retos que afronta y el futuro que se quiere construir juntos, para reforzar la solidaridad europea, superar los numerosos desafíos afrontados desde su creación, en especial las consecuencias del COVID-19, de la que se pueden y se deben sacar lecciones; que la política debe aportar respuestas inclusivas a las preocupaciones y ambiciones (la consecución de la transición ecológica y digital, reforzando la resiliencia de Europa, su contrato social y la competitividad de la industria europea; la corrección de las desigualdades; y la garantía de una UE con una economía equitativa, sostenible, innovadora y competitiva que no deje a nadie atrás) de los ciudadanos; y que el aumento de la participación en las elecciones europeas de 2019 refleja el interés creciente de los ciudadanos europeos en desempeñar un papel más activo en las decisiones sobre el futuro de la Unión y sus políticas; los firmantes se comprometían a: escuchar a los europeos y dar seguimiento a las propuestas de la Conferencia, respetando las competencias de cada una de las tres instituciones y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad recogidos en los Tratados, respaldando la legitimidad y el funcionamiento democrático del proyecto europeo; y a trabajar juntos en interés de la Europa de los ciudadanos y de la democracia europea, reforzando el vínculo entre los europeos y las instituciones a su servicio, para lo que se comprometían a organizar actos en colaboración con la sociedad civil y las partes interesadas a nivel europeo, nacional, regional y local, con los Parlamentos nacionales y regionales, el Comité de las Regiones (CDR), el Comité Económico y Social Europeo (CESE), los interlocutores sociales y el mundo académico.

De esta forma, dado que la Conferencia se entiende como un ejercicio de opinión en sentido ascendente, centrado en los ciudadanos, para que éstos expresen sus expectativas respecto de la UE, se prevé organizar multitud de actos y debates, a través de reuniones físicas o de entornos digitales a nivel europeo, nacional, transnacional y regional, de paneles de ciudadanos europeos, de paneles de ciudadanos nacionales o de actividades temáticas, organizados por los estados miembros u otras instituciones, complementadas con la puesta en marcha de una plataforma digital multilingüe interactiva, a partir del 19.04.2021, con las tareas de recopilar, estudiar, revisar y publicar

las aportaciones de los participantes en todos los actos relacionados con la Conferencia, para su posterior incorporación en forma de propuestas y medidas al Pleno de ésta, garantizando la traducción de las ideas manifestadas en los actos de la Conferencia en recomendaciones concretas para la actuación futura de la UE.

La Conferencia ha funcionado con una estructura constituida, bajo la presidencia conjunta de las tres instituciones europeas, por: un Comité Ejecutivo, copresidido por 3 representantes, uno por cada institución, y hasta 4 observadores , además de la Troika presidencial de los Órganos Especializados en Asuntos Europeos (COSAC), el CDR y el CESE, como observadores, y otros organismos de la UE e interlocutores sociales; una Secretaría común, para asistir al Comité Ejecutivo; cuatro paneles de ciudadanos europeos, integrados cada uno por 200 ciudadanos de los 27 estados miembros, elegidos aleatoriamente, un tercio jóvenes de entre 16 y 25 años, y al menos un hombre y una mujer de cada estado miembro, que reflejen la diversidad de la UE (por origen geográfico, nacionalidad, urbano y rural, género, edad, origen socioeconómico y nivel de educación), que han celebrado cada uno tres sesiones deliberativas de tres días, aprobando en la última de ellas las recomendaciones elevadas al Pleno; paneles de ciudadanos y eventos nacionales; la plataforma digital multilingüe interactiva; y el Plenario de la Conferencia, constituido por 108 representantes del Parlamento Europeo, 54 del Consejo y 3 de la Comisión, 108 representantes de los parlamentos nacionales y 80 de los paneles de los ciudadanos europeos, de ellos al menos un tercio menores de 25 años, el Presidente del Foro de la Juventud, 27 representantes de eventos nacionales o participantes de los paneles nacionales de ciudadanos, 18 representantes del CDR, 18 del CESE, 6 de las autoridades regionales y otros 6 de las autoridades locales, 12 representantes de los interlocutores sociales y 8 de la sociedad civil, además de representantes de las principales partes interesadas, como invitados, y por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, vinculado a la Conferencia cuando se debata sobre el papel internacional de la UE. El Pleno de la Conferencia ha asumido la responsabilidad de que las recomendaciones de los paneles europeos y nacionales, y las contribuciones recibidas a través de la plataforma digital multilingüe, agrupados por temas, se debatan sin resultado predeterminado y sin limitar su alcance a ámbitos definidos previamente.

En cuanto a la actividad de la Conferencia, las contribuciones y los debates de los participantes en ella, con la referencia de la Agenda Estratégica del Consejo Europeo, de 20.06.2019, y de sus cuatro prioridades principales (proteger a los ciudadanos y las libertades; desarrollar una base económica fuerte; construir una Europa climáticamente neutra, verde, justa y social; y promover los intereses y valores europeos en el mundo); de las Orientaciones políticas 2019-2024 de la Comisión Europea, de 16.07.2019,

(relativas a un Pacto Verde Europeo, una economía que funcione para las personas, una Europa adaptada a la era digital, la protección del estilo de vida europeo, una Europa más fuerte en el mundo, y un nuevo impulso a la democracia europea); y de los retos derivados de la pandemia del COVID-19, se han centrado en: la construcción de un continente saludable; la lucha contra el cambio climático y los retos medioambientales; una economía que funcione para las personas; la justicia social, la igualdad y la solidaridad intergeneracional; la transformación digital de Europa; los derechos y valores europeos, incluido el Estado de Derecho; los retos migratorios; la seguridad; el papel de la UE en el mundo; las bases democráticas de la Unión; y cómo reforzar los procesos democráticos que rigen la UE; abordando también cuestiones transversales relacionadas con la capacidad de la UE para atender a sus prioridades de actuación, tales como la mejora de la legislación, la aplicación de la subsidiariedad y la proporcionalidad, el cumplimiento y la ejecución del acervo y la transparencia.

II. EL INFORME FINAL DE LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA. EL FUTURO ESTÁ EN TUS MANOS

El resultado de las 53.326 contribuciones, 18.955 ideas, 22.570 comentarios, aportados a través de la plataforma digital multilingüe a los debates celebrados en los sesiones de trabajo de los cuatro paneles de ciudadanos europeos, en los 7.005 paneles de ciudadanos y eventos nacionales, y en las siete reuniones del Pleno, la última el 29 y 30.04.2022, en forma de propuestas y de medidas específicas para actuaciones futuras, ha quedado recogido en el Informe Final de la Conferencia, bajo el lema “El futuro está en tus manos”, presentado el 9.05.2022 por los copresidentes del Comité Ejecutivo a los presidentes del Parlamento, el Consejo y la Comisión de la UE, en la reunión del Pleno de clausura de la Conferencia, el 9.05.2022, tras lo que las tres instituciones, cada una en el ámbito de sus competencias, deben examinar el modo de darles seguimiento eficaz.

El Informe Final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa incluye cuarenta y nueve propuestas con objetivos concretos y trescientas veintiséis medidas específicas para su consecución, agrupadas en nueve bloques temáticos relativos a: el cambio climático y el medio ambiente; la sanidad; una economía más fuerte, justicia social y empleo; la UE en el mundo; valores y derechos, Estado de Derecho y seguridad; la migración; la transformación digital; la democracia europea; y la educación, la cultura, la juventud y el deporte.

De todas ellas a continuación se detallan las que, directa o indirectamente, hacen referencia a cuestiones y temas que conforman el ámbito de las competencias de la UE en materia de empleo y política social.

2.1. Las propuestas sobre el cambio climático y el medio ambiente

En el bloque temático dedicado al cambio climático y el medio ambiente,

2.1.1. A propósito de la propuesta relativa a la agricultura, la producción de alimentos, la biodiversidad y los ecosistemas y la polución, entre las medidas recomendadas se incluye la eliminación del dumping social y el fomento de una transición justa y verde a mejores empleos con condiciones de trabajo, seguridad y salud de alta calidad en el sector de la agricultura;

2.1.2. En relación con la propuesta relativa al cambio climático, la energía y el transporte, entre las medidas recomendadas se incluye: la garantía de una transición justa, protegiendo a los trabajadores y los empleos, mediante la financiación adecuada de la transición y de la investigación, a través de la reforma del sistema fiscal con una fiscalidad más justa y medidas contra el fraude fiscal, y de garantizar un enfoque de gobernanza inclusiva en el modo de hacer política a todos los niveles, por ejemplo mediante medidas ambiciosas para recalificar y mejorar las competencias, reforzar la protección social, conservar los servicios públicos en el marco de la gestión pública, y salvaguardar las normas sobre seguridad y salud ocupacional; y

2.1.3. Respecto de la propuesta sobre el consumo, el embalaje y la producción sostenibles, entre las medidas recomendadas se incluye el establecimiento de condiciones de trabajo justas en la cadena de producción y de valor.

2.2. Las propuestas sobre sanidad

En el bloque temático dedicado a la sanidad.

En relación con la propuesta para reforzar el sistema de cuidados de la salud, se recomienda: adecuar las condiciones de trabajo, en particular mediante el fortalecimiento de la negociación colectiva, incluidos los acuerdos salariales y sobre trabajo, y la armonización de los estándares de certificación y formación de los profesionales de la salud, el desarrollo de programas de interconexión e intercambio, tal como un Erasmus para escuelas de médicos, que contribuyan al desarrollo de competencias, y que para asegurar la retención de talento, el conocimiento de jóvenes profesionales y las experiencias de trabajo, es necesario poner en marcha programas de intercambio en la UE para motivar a nuestros mejores cerebros en las ciencias de la vida y que no sean atraídos por terceros países.

2.3. Las propuestas sobre una economía más fuerte, justicia social y empleo

En el bloque temático dedicado a una economía más fuerte, justicia social y empleo, se incluyen las propuestas relativas a: la innovación y el crecimiento sostenible; la mejora de la competitividad y la profundización del mercado único en la UE; los mercados de trabajo inclusivos; las políticas sociales más firmes; y la transición demográfica.

2.3.1. En relación con la propuesta referida a la innovación y el crecimiento sostenible, que tiene como objetivo que la UE apoye el tránsito a un modelo de crecimiento sostenible y resiliente, considerando las transiciones ecológica y digital con una fuerte dimensión social en el Semestre Europeo, y empoderando a los ciudadanos, los sindicatos y las organizaciones empresariales, al tiempo que los indicadores macroeconómicos y convencionales y el PIB podrían ser complementados con nuevos indicadores para abordar las nuevas prioridades europeas, tales como el Pacto Verde Europeo o el Pilar Europeo de Derechos Sociales y reflejar mejor las transiciones ecológica y digital y el bienestar de las personas, entre las medidas para su consecución se recomienda: revisar la gobernanza económica de la UE y el Semestre Europeo para garantizar que las transiciones ecológica y digital, y la justicia y el progreso social se acompasen con la competitividad económica, sin ignorar la naturaleza económica y fiscal del Semestre Europeo; además de implicar mejor a los interlocutores sociales y a las autoridades locales y regionales en la implementación del Semestre Europeo para mejorar su aplicación y responsabilidad, aumentando la concienciación de las empresas y los ciudadanos sobre cómo comportarse de forma más sostenible y garantizar una transición justa, basada en el diálogo social y en empleos de calidad, con estándares sociales ambiciosos, de trabajo y de salud, incluida la salud y la seguridad ocupacionales.

2.3.2. En la propuesta relativa a la mejora de la competitividad de la UE y la profundización del mercado único, que se fija como objetivos, entre otros, el funcionamiento sólido de la economía de mercado, para facilitar la visión de una Europa más social, se recomiendan, entre las medidas para conseguirlo:

- promover políticas para una base industrial sólida y la innovación en tecnologías instrumentales, y una política climática unida a una competitividad industrial con una fuerte dimensión social, basada en el buen funcionamiento de las relaciones industriales y en el diálogo social;
- promover la cohesión digital para contribuir a la cohesión económica, social y territorial definida en el TFUE;
- impulsar y promover las posibilidades de formación transfronteriza para

aumentar las capacidades y la competitividad de la mano de obra europea, estimulando la cultura económica de los ciudadanos, promoviendo intercambios entre los trabajadores en Europa, a través de un Centro de Empleo Europeo y animando a los jóvenes a estudiar materias científicas; y

- someter las nuevas iniciativas políticas de la UE a un test de competitividad, de conformidad con el Acuerdo de Paris, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluida la igualdad de género, sin debilitar la protección de los derechos humanos, sociales, y de los trabajadores ni los estándares de protección medioambiental y de los consumidores, mediante la creación de un Cuerpo europeo asesor de la competitividad, del que deberían formar parte la sociedad civil organizada y los interlocutores sociales, para hacer el seguimiento del desarrollo del test de competitividad y evaluar el impacto acumulativo de la legislación, así como formular propuestas para mejorar el derecho a condiciones marco para la competitividad de las empresas.

2.3.3. A propósito de la propuesta sobre mercados de trabajo inclusivos, que tiene como objetivo mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo para asegurar condiciones de trabajo más justas y promover la igualdad de género y el empleo, incluidos los jóvenes y los grupos vulnerables, la UE, los estados miembros y los interlocutores sociales necesitan trabajar para terminar con la pobreza, abordar los derechos de los trabajadores de plataformas y garantizar la movilidad del trabajo digno en la Unión, promover el diálogo social y la negociación colectiva, asegurar la aplicación íntegra del Pilar Europeo de Derechos Sociales, incluidos los objetivos destacados para 2030 a escala de la UE, nacional, regional y local en materia de igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo justas, respetando sus competencias y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, las tradiciones nacionales, la autonomía de los interlocutores sociales, y cooperando con la sociedad civil, además de incluir un Protocolo de Progreso Social en los Tratados. Para su logro se plantean, entre otras, las siguientes medidas:

-·asegurar un salario mínimo garantizado para que cada trabajador pueda disfrutar de una calidad de vida digna y similar en todos los estados miembros, por lo que al establecer y al revisar regularmente el nivel del salario mínimo deberán tenerse en cuenta criterios claros, tales como el coste de la vida, la inflación, el umbral de pobreza, el salario promedio y el salario medio nacional, para garantizar su adecuación, con atención especial a su aplicación efectiva y al seguimiento de la mejora de los estándares de vida, reforzando y promoviendo al tiempo la negociación colectiva en la UE;

-·evaluar y reforzar la aplicación de la Directiva 2003/88/CE sobre ordenación del tiempo de trabajo, de 4.11.2003 (DOUE, L 299, 18.11.2003) y otra legislación relevante que asegure el equilibrio entre el trabajo y la vida saludable en la perspectiva de las nuevas políticas nacionales en este ámbito;

-·introducir y reforzar la legislación existente reguladora del trabajo inteligente e incentivar a las empresas para su promoción, mientras que la UE debería garantizar el derecho a desconectar, implicarse más para abordar la división digital en el lugar de trabajo y evaluar los impactos del trabajo a distancia sobre la salud, el tiempo de trabajo y los resultados de las empresas, considerando la necesidad de garantizar la digitalización justa, basada en los derechos humanos, la mejora de las condiciones de trabajo y la negociación colectiva;

-·integrar a escala de la UE las políticas de empleo allí donde las políticas relativas al mercado de trabajo están centralizadas y coordinadas, mientras que los estados miembros deben centrarse en continuar sus esfuerzos reformistas a fin de establecer condiciones favorables para la creación de empleos de calidad;

-·avanzar para asegurar la protección plena de los derechos sociales, salvaguardándolos en caso de conflicto con las libertades económicas, incluida la incorporación de un Protocolo de Progreso Social a los Tratados;

-·garantizar la igualdad de género, en línea con la Estrategia Europea sobre Igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión, de 5.03.2020 (COM (2020) 152, final), de modo que la UE se ocupe de su medición mediante un índice que incorpore, entre otros elementos, las actitudes, la brecha salarial, el empleo, el liderazgo, realice el seguimiento anual de la estrategia, y fomente la participación de expertos y las mejores prácticas y establezca un posible mecanismo de reacción ciudadana, por ejemplo un Defensor del Pueblo, además de señalar la necesidad de abordar la brecha salarial de género e introducir cuotas en relación con las personas mayores, prestando más apoyo a las mujeres emprendedoras y para que se dediquen a actividades relacionadas con la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas;

-·promover el empleo juvenil, por ejemplo, a través de asistencia financiera a las empresas y apoyo adicional a los empleadores y los trabajadores, así como a los jóvenes emprendedores y a los profesionales autónomos, mediante herramientas educativas y cursos;

-·promover el empleo de grupos desfavorecidos, en particular de las personas con discapacidad;

-·promover el empleo y la movilidad social para una completa oportunidad de autorrealización y autodeterminación; y

-·establecer una estrategia a largo plazo para garantizar que todas las personas dispongan de las cualificaciones adecuadas para encontrar trabajo y aportar sus capacidades, en particular los jóvenes, destacando la importancia de invertir en las cualificaciones adaptadas a las necesidades de un mercado de trabajo en cambio y en la promoción del aprendizaje a lo largo de toda la vida, mediante el programa de intercambio en todas las etapas de la vida y la garantía del derecho al aprendizaje permanente y a la formación, para lo que será necesario reforzar la cooperación entre las empresas, los sindicatos y los proveedores de formación y educación.

2.3.4. En cuanto a la propuesta relativa a políticas sociales más firmes, que tiene como objetivo reducir las desigualdades, luchar contra la exclusión social y combatir la pobreza, para lo que necesita poner en marcha una estrategia integral contra la pobreza, que podría incluir, entre otras actuaciones, el fortalecimiento de la Garantía Infantil y la Garantía Juvenil, la introducción de salarios mínimos, un marco común europeo para sistemas de ingresos mínimos y vivienda social digna, y garantizar la plena implementación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, incluidos sus principales objetivos para 2030 a escala de la UE, nacional, regional y local en el área de la protección y la inclusión social, respetando sus respectivas competencias y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, e incluir un Protocolo de Progreso Social en los Tratados, entre las medidas para su consecución se incluyen las siguientes:

-·reforzar las competencias de la UE en políticas sociales y proponer legislación para promover estas políticas y garantizar la igualdad de derechos, incluida la salud, armonizados en la Unión, que tenga en cuenta las regulaciones acordadas y un mínimo de requerimientos en el territorio, de modo que la UE pueda apoyar y complementar las políticas de los estados miembros, proponiendo, entre otras medidas, un marco común para los ingresos mínimos y que nadie se quede atrás, actuaciones que podrían desarrollarse en el marco de la implementación plena del Pilar Europeo de Derechos Sociales y de su Plan de Acción;

-·no ceder en los derechos del bienestar: salud pública, educación, políticas laborales;

-·promover la investigación en materias sociales y de salud en la UE, siguiendo líneas prioritarias consideradas de interés público y acordadas por los estados miembros, lo que podría lograrse en parte reforzando la colaboración entre expertos, países, centros de estudios, universidades, etc.;

-·garantizar el acceso a los servicios médicos a todas las personas menores de

16 años en la UE, en el caso en que estos servicios no estén disponibles en el contexto nacional; y

-·garantizar que la UE, junto con los interlocutores sociales y los gobiernos nacionales, apoye el objetivo del acceso a una vivienda social digna para los ciudadanos, de modo que, de conformidad con las necesidades específicas, el esfuerzo financiero sea compartido entre los financiadores privados, los propietarios y los beneficiarios de la vivienda, los gobiernos de los estados miembros a nivel central y local y la UE.

2.3.5. Respecto de la propuesta de la transición demográfica, que tiene como objetivo abordar los retos derivados de esta transición, en particular las bajas tasas de natalidad y un envejecimiento ininterrumpido de la población, garantizando el apoyo a las personas durante todo el ciclo de la vida, lo que debería implicar una acción global dirigida a todas las generaciones, desde la infancia a la juventud, a las familias, a la población en edad de trabajar, a las personas mayores todavía en disposición de trabajar así como a las jubiladas o necesitadas de cuidados, entre las medidas para alcanzarlo se señalan las siguientes:

-·garantizar en la UE cuidados a la infancia de calidad, accesibles y asequibles para que las madres y los padres puedan conciliar trabajo y familia con seguridad, lo que podría incluir oportunidades de estos cuidados en el puesto de trabajo o cerca de él, medidas que podrían complementarse con tipos reducidos de IVA para el equipamiento infantil, además de considerar esencial prevenir la pobreza y la exclusión social de los niños y reformar la Garantía Infantil, garantizando el acceso de la infancia que lo necesite a servicios de educación y cuidados, cuidados de la salud, nutrición y vivienda, como instrumentos para lograrlo;

-·prestar apoyo específico y protección del trabajo a los jóvenes, a través de medidas dirigidas a la población en edad laboral, que deberían incluir información a las madres y los padres sobre su reincorporación al trabajo, y al reforzamiento de la Garantía Juvenil, como instrumento para mejorar el acceso de los jóvenes menores de 30 años a ofertas de empleo de buena calidad, educación continua, aprendizaje y prácticas remuneradas;

-·mejorar la legislación y su implementación para garantizar el apoyo a las familias en los estados miembros, por ejemplo, en relación con los permisos parentales o las prestaciones por nacimiento y el cuidado de hijos;

-·promover edades flexibles de jubilación, considerando la situación específica de las personas mayores, diferenciadas según la profesión, teniendo en cuenta las exigencias mentales y físicas del trabajo;

-·impedir la pobreza de las personas mayores mediante pensiones mínimas, cuyo nivel debería tener en cuenta el estándar de vida, el umbral de pobreza y el poder de compra en cada estado miembro; y

-·garantizar cuidados sociales y de la salud adecuados, comunitarios y residenciales, para las personas mayores, y adoptar medidas que tengan en cuenta a los receptores de los cuidados y a quienes los dispensan.

2.4. Las propuestas sobre la union europea en el mundo

Dentro del bloque temático dedicado a la UE en el mundo,

2.4.1. En la propuesta relativa a la definición de estándares dentro y fuera de la UE, en el comercio y en las relaciones de inversión, entre las medidas que se recomiendan para alcanzar el objetivo de fortalecer la dimensión ética de las relaciones comerciales y de inversión en la UE figuran las de:

-·asegurar la plena aplicación de los estándares del trabajo digno en las cadenas de valor global, incluidos los procesos de producción y suministro, y que los bienes importados cumplan los estándares éticos cualitativos, de desarrollo sostenible y de derechos humanos, incluidos los de los trabajadores y los sindicatos, con la consiguiente certificación conforme a la legislación de la UE, efectiva y proporcionada, y poner en marcha en la UE un amplio proceso de diálogo para informar y educar sobre los efectos éticos y medioambientales de los cambios políticos en el comercio internacional; y

-·restringir la importación y venta de productos procedentes de países que permitan el trabajo forzoso y el trabajo infantil, y actualizar periódicamente las listas de empresas y promover la concienciación de los consumidores sobre el trabajo infantil a través de la información de los canales oficiales de la UE.

2.4.2. En la propuesta referida a la UE como actor principal en la construcción de las relaciones en la escena mundial, entre las medidas que se recomiendan se encuentra la de:

-·reformar la política comercial y de inversiones de la UE para relanzar un multilateralismo global con los objetivos de crear empleos dignos y de proteger los derechos fundamentales, incluidos los de los trabajadores y los sindicatos, de modo que la UE contribuya al citado relanzamiento, a través de una reforma profunda, basada en la democracia y la paz, la solidaridad y el respeto de los derechos humanos, sociales y medioambientales y en el papel reforzado de la OIT.

2.5. Las propuestas sobre valores y derechos, estado de derecho y seguridad

En el bloque temático sobre valores y derechos, Estado de Derecho y seguridad se incluyen las propuestas relativas al Estado de Derecho, valores democráticos e identidad europea; y a la antidiscriminación, la igualdad y la calidad de vida.

2.5.1. En la propuesta dedicada al Estado de Derecho, valores democráticos e identidad europea, que tiene como objetivo el mantenimiento del Estado de Derecho en todos los estados miembros, entre las medidas para alcanzarlo se recomienda:

-·garantizar que los valores y los principios consagrados en los Tratados de la UE y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales son innegociables, irreversibles y condición sine qua non para los miembros y el acceso a la UE, y que la Carta Europea de Derechos Fundamentales debería ser aplicable y de obligado cumplimiento universalmente, además de promover el Estado de Derecho a través de conferencias anuales a partir del Informe de la Comisión Europea sobre éste con participación de delegaciones de todos los estados miembros, implicando a ciudadanos elegidos al azar, y de apoyar a las organizaciones, incluida la sociedad civil, que lo promuevan sobre el terreno; e

-·impulsar programas educativos y de comunicación que incluyan los valores de la UE en el proceso de integración de los migrantes y fomenten las interacciones entre ellos y los ciudadanos de la UE para garantizar el éxito de su integración en las sociedades de los estados miembros, y concienciar a los ciudadanos de la Unión sobre cuestiones relacionadas con la migración.

2.5.2. En la propuesta sobre la antidiscriminación, la igualdad y la calidad de vida, que tiene como objetivo llevar a cabo acciones para armonizar las condiciones de vida en la UE y mejorar la calidad de vida socioeconómica de los ciudadanos, se recomiendan medidas para:

-·desarrollar indicadores sobre la calidad de vida, que incluyan criterios económicos, sociales y del Estado de Derecho, para establecer un límite claro y realista a fin de elevar los estándares sociales y lograr una estructura socioeconómica común en la UE, incluso a través de la implementación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, en consulta con expertos e interlocutores sociales, que deberían ser integrados en el marco de la gobernanza europea y en el proceso del Semestre Europeo;

-·aumentar y facilitar la inversión pública directa en educación, salud, vivienda, infraestructuras físicas, cuidados para las personas mayores y para las personas con discapacidad, además de inversiones adicionales destinadas a garantizar un

equilibrio apropiado entre el trabajo y la vida para los ciudadanos, que debería llevarse a cabo con total transparencia, permitiendo el seguimiento de todo el proceso;

-·aportar criterios europeos sobre antidiscriminación en el mundo laboral e incentivar la contratación por las empresas privadas de las personas (jóvenes, mayores, mujeres, minorías) más discriminadas, mediante subsidios y cuotas temporales, e impedir legalmente la discriminación y promover la igualdad fuera del mercado de trabajo; y

-·garantizar la creación y facilitar el acceso asequible a jardines de infancia, públicos y privados, y a cuidados gratuitos para la infancia que los necesite.

2.6. Propuestas sobre la transformación digital

Dentro del bloque temático dedicado a la transformación digital se incluyen las propuestas relativas a la alfabetización digital y las competencias que empoderan a las personas; y la innovación digital para fortalecer la economía digital y sostenible.

2.6.1. En la propuesta sobre la alfabetización digital y las competencias que empoderan a las personas, con el objetivo de garantizar que todos los ciudadanos europeos puedan beneficiarse de la digitalización, empoderándolos con las competencias digitales y las oportunidades necesarias, entre las medidas recomendadas para lograrlo se incluyen las de:

-·garantizar el acceso a la alfabetización digital formal y no formal y la formación en cualificaciones y la educación, incluida en los currículos escolares, durante todas las etapas de la vida, a partir de las iniciativas existentes a nivel europeo, con atención especial a la inclusión de grupos vulnerables y a las personas mayores, impulsando las competencias digitales de la infancia, compatible con su desarrollo saludable y abordando las desigualdades digitales, incluida la brecha digital de género;

-·adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que la digitalización de la sociedad no deja fuera a las personas mayores y que tengan acceso a la tecnología, impulsando programas e iniciativas, por ejemplo, en forma de clases adaptadas a sus necesidades;

-·introducir en las escuelas un certificado UE relativo a las competencias digitales, que preparará a los jóvenes para el mercado de trabajo del futuro;

-·desarrollar iniciativas de formación coordinadas a nivel de la UE para reconvertir y aumentar las competencias de los trabajadores a fin de mantener su competitividad en el mercado de trabajo, teniendo en cuenta especialmente las

competencias y cualificaciones que necesitan las pymes, y formar expertos digitales;

-·aumentar la concienciación sobre las plataformas digitales existentes en la UE, tal como EURES, que conectan a las personas con los empleadores y les ayudan a encontrar empleo; y

-·aumentar la inversión y los esfuerzos para estimular la digitalización de la educación, incluida la educación superior.

2.6.2. En la propuesta sobre la innovación digital para fortalecer la economía digital y sostenible, que tiene como objetivo la promoción por parte de la UE de medidas que fortalezcan la economía y el mercado único de manera justa y sostenible, aumenten la competitividad europea en tecnología e innovación, amplíen el mercado digital para las empresas de todos los tamaños y hagan de Europa un líder mundial en transformación digital y digitalización humana, para conseguirlo se recomiendan las siguientes medidas:

-·introducir y reforzar la legislación reguladora del trabajo inteligente teniendo en cuenta su impacto sobre la salud física y mental de los trabajadores, garantizando el derecho a desconectar, incorporando el principio de la dimensión humana en el control al enfoque centrado en lo humano;

-·incentivar a las empresas por medio de la legislación para que sean responsables socialmente y conserven en Europa empleos de trabajo inteligente de alta calidad, evitando su deslocalización a países con costes más bajos; los incentivos, financieros o reputacionales, deberían tener en cuenta criterios ambientales, sociales y de gobernanza reconocidos internacionalmente, para lo que la UE podría constituir un grupo de trabajo con expertos procedentes de todas las partes interesadas para examinar y reforzar esta legislación;

-·garantizar el discurso humano de los procesos de toma de decisiones, que implica la inteligencia artificial en el lugar de trabajo y la transparencia de los algoritmos utilizados; considerar los impactos negativos de la supervisión digital ilimitada en el lugar de trabajo; informar y consultar a los trabajadores antes de introducir tecnologías digitales con impacto en las condiciones de trabajo; y garantizar que las nuevas formas de trabajo, tales como las plataformas, respetan los derechos de los trabajadores y establezcan condiciones de trabajo adecuadas; y

-·tomar iniciativas para ayudar a apoyar el trabajo a distancia, tales como la creación de espacios de oficinas con acceso a conexión rápida y flexible a internet, la formación digital y la provisión de recursos para el equipamiento ergonómico de las oficinas domésticas.

2.7. Propuestas sobre la democracia europea

En el bloque temático relativo a la democracia europea se incluyen las propuestas relativas a la información a los ciudadanos, la participación y la juventud; la democracia y las elecciones; y la subsidiariedad.

2.7.1. En la propuesta sobre la información a los ciudadanos, la participación y la juventud, cuyos objetivos son los de aumentar la participación de los ciudadanos y la implicación de la juventud a escala de la UE en la democracia para desarrollar una experiencia cívica total de los europeos, garantizar que se oiga su voz entre elecciones y que la participación sea efectiva; hacer más comprensible y accesible la UE y fortalecer una identidad europea común, entre las medidas que se recomiendan para alcanzarlos figuran las de:

-·aportar apoyo estructural, financiero y de cualquier otro medio a la sociedad civil, especialmente a la sociedad civil joven y a las autoridades locales para constituir consejos locales de la juventud, a través de un pilar específico del Plan de Acción de la Democracia Europea para implicar a la sociedad civil y a los interlocutores sociales y de una estrategia dedicada a la sociedad civil;

-·introducir un control de juventud en la legislación, que incluya una evaluación de impacto y un mecanismo de consulta con representantes de los jóvenes, cuando se considere que tenga impacto en ellos; y

-·hacer un esfuerzo especial para llegar a los jóvenes a través de medios digitales, movimientos juveniles, y la designación de embajadores, organizaciones y personas, que expliquen el proyecto europeo.

2.7.2. En relación con la propuesta referida a la democracia y las elecciones, con el objetivo de fortalecer la democracia europea, reforzando sus cimientos, impulsando la participación en las elecciones al Parlamento Europeo, fomentando el debate transnacional sobre asuntos europeos y garantizando un vínculo fuerte entre los ciudadanos y sus representantes electos, entre las medidas recomendadas para conseguirlo se incluyen las de:

-·garantizar la protección de los valores de la UE establecidos en los Tratados, incluido el Estado de Derecho y un sólido modelo social, que están en el centro de la democracia europea; y

-·fortalecer los vínculos entre los ciudadanos y sus representantes electos, de modo que los partidos políticos, las organizaciones de la sociedad y los sindicatos deberán ser más accesibles a la implicación y al compromiso de los ciudadanos con la democracia europea, lo que debería contribuir a estimular la inclusión de las cuestiones tópicas de la UE en los debates públicos, con la participación de los

partidos políticos, la sociedad civil organizada y los interlocutores sociales en las elecciones europeas y a nivel nacional, regional y local, de modo que la democracia se encarne en las instituciones y en la sociedad, incluidos los lugares de trabajo a través del papel de los interlocutores sociales.

2.7.3. En la propuesta sobre la subsidiariedad, se recomienda que los interlocutores sociales y la sociedad civil organizada deberían incorporarse mejor al proceso de toma de decisiones, dada su importancia en la vida democrática en la UE.

2.8. Propuestas sobre migración

El bloque temático dedicado a la migración incluye las propuestas sobre la migración legal; la migración irregular; y el asilo y la integración.

2.8.1. En la propuesta sobre la migración legal, con el objetivo de reforzar el papel de la UE respecto de ella, entre las medidas para alcanzarlo se recomiendan las de:

-·lanzar una campaña de comunicación en la UE para difundir entre los ciudadanos europeos el conocimiento de la Red Europea de Cooperación de servicios de empleo (EURES), el Portal Europeo de Inmigración y el instrumento con el perfil de las cualificaciones para nacionales de terceros países, y el uso y el acceso a ellos por parte de las empresas de la UE al reclutar trabajadores;

-·crear una entidad europea para el acceso de los migrantes al mercado de trabajo o alternativamente la ampliación de las competencias de EURES, con la posibilidad de ajustar en línea la oferta y la demanda de cualificaciones en el país de origen, sobre la base de criterios de evaluación; y animar a los estados miembros a simplificar el proceso de recepción y de integración de los migrantes legales y su acceso al mercado de trabajo, a través de la mejora de la interoperabilidad de las diferentes administraciones implicadas;

- mejorar el funcionamiento y la implementación de la Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, de 7.10.2021 (DOUE, L 382, 28.10.2021), para atraer las cualificaciones que necesita la economía de la UE, teniendo en cuenta el riesgo de la fuga de cerebros;

-·promover al alza las condiciones de trabajo en la Unión, armonizándolas, para combatir las desigualdades existentes en ellas y garantizar una política de migración laboral y derechos de los trabajadores en la UE eficiente, y, en este contexto, reforzar el papel de los sindicatos a nivel nacional y transnacional en

cooperación con las organizaciones de los empleadores; y

-·aumentar los esfuerzos para informar y educar a los ciudadanos de los estados miembros sobre los tópicos relacionados con la migración y la integración.

2.8.2. En la propuesta referida a la migración irregular, que tiene como objetivos reforzar el papel de la UE en la lucha contra todas las formas de migración irregular y la protección de las fronteras exteriores, respetando los derechos humanos, y aplicar reglas comunes uniformemente en todos los estados miembros al recibir por primera vez migrantes, entre las medidas para su consecución se recomiendan:

-·participar activamente, por ejemplo, a través de Acuerdos de Asociación, en el desarrollo económico y social de países de fuera de Europa, desde donde se producen un alto volumen de llegadas de migrantes, para combatir la migración en sus raíces, incluido el cambio climático, actuaciones que deberían ser transparentes y producir resultados tangibles con efectos mensurables, comunicados con claridad a los ciudadanos de la UE;

-·garantizar la protección de todas las fronteras exteriores, mejorando la transparencia y responsabilidad de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (FRONTEX) (DOUE, L251, 16.09.2016) y reforzar su papel; y adaptar la legislación de la UE para abordar en el futuro los retos actuales de la migración irregular, tales como el contrabando, el tráfico de seres humanos, la explotación sexual, y los ataques híbridos, instrumentalizando a los migrantes y la violación de los derechos humanos;

-·desarrollar medidas en la UE para garantizar la seguridad y la salud de todos los migrantes, en particular de las mujeres embarazadas, los niños, los menores no acompañados, y todas las personas vulnerables; y

-·aumentar el apoyo financiero, logístico y operativo a las autoridades locales, los gobiernos regionales y las organizaciones de la sociedad civil para la gestión de la primera acogida que conduzca a una posible integración de refugiados y migrantes regulares en la UE o a la repatriación de migrantes irregulares.

2.8.3. En relación con la propuesta sobre asilo e integración, con los objetivos de reforzar el papel de la UE y reformar el sistema europeo de asilo, basado en los principios de solidaridad y reparto justo de responsabilidades, y de mejorar las políticas de integración en todos los estados miembros, entre las medidas para alcanzarlos se incluyen las siguientes:

-·adoptar normas comunes en la UE sobre los procedimientos para examinar las peticiones de protección internacional en los estados miembros, aplicadas

uniformemente a todos los solicitantes de asilo, respetando plenamente la dignidad humana y las leyes internacionales, y dado que la acogida de los demandantes de asilo implica a diferentes actores a escala nacional, la UE debería animar a los estados miembros a simplificar y agilizar este proceso, mejorando la interoperabilidad entre las diferentes administraciones, y reconsiderar el sistema de Dublín, establecido en1990, y actualizado en 2003 y 2013, con el objetivo de determinar un único estado miembro como responsable de la tramitación de una solicitud de asilo, para garantizar la solidaridad y el reparto justo de responsabilidades, incluida la redistribución de migrantes entre los estados miembros, pudiendo contemplar también formas de apoyo adicionales;

-·mejorar los estándares mínimos de acogida de los solicitantes de asilo, establecidos en la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban normas para los solicitantes de protección internacional (DOUE, L180, de 26.06.2013), a través de medidas legislativas más consistentes para mejorar los servicios de acogida y de alojamiento;

-·prestar atención especial a las mujeres embarazadas, los niños y en particular a los menores no acompañados;

-·reforzar y aumentar los recursos financieros y humanos, así como las capacidades de gestión de la Agencia de Asilo de la UE, creada por el Reglamento (UE) 2021/2303, de 15.12.2021 (DOUE, L 468, 30.12.2021) para coordinar y gestionar la recolocación de los solicitantes de asilo entre los estados miembros o establecer una distribución justa;

-·que la UE garantice, con la implicación de las autoridades regionales y locales y la contribución de las organizaciones de la sociedad civil, que cada solicitante de asilo y refugiado, durante el proceso de tramitación de la residencia, reciba cursos de lengua, de integración y de formación profesional; y

-·permitir a los solicitantes de asilo con cualificaciones relevantes acceder al mercado de trabajo cuando sea posible con el fin de reforzar su independencia, en toda la UE.

2.9. Propuestas sobre educación, cultura, juventud y deporte

En el bloque temático dedicado a la educación, la cultura, la juventud y el deporte,

2.9.1. Respecto de la propuesta en materia de educación, que se fija como objetivo que la UE y los estados miembros deberían establecer en 2025 un Área de Educación Europea en la que todos los ciudadanos, incluidos los de las áreas rurales y remotas, tengan acceso en igualdad a una educación de calidad y un

aprendizaje durante toda la vida, para su logro se recomiendan las siguientes medidas:

-·coordinar el nivel de los diferentes programas de educación en la UE, aceptando los contenidos nacionales y locales, y creando lazos más estrechos entre los sistemas educativos, incluyendo vías de organización para la equivalencia de diplomas, además de compartir competencias, como mínimo en la educación para la ciudadanía, de modo que su ejercicio por parte de la UE no suponga impedimento para el ejercicio de las de los estados miembros; los grados y la formación profesional deberían ser validados y reconocidos mutuamente en todos los estados miembros, y la UE debería encabezar el reconocimiento del aprendizaje no formal e informal y de las organizaciones juveniles que lo prestan así como de los periodos de aprendizaje en el extranjero; y

-·desarrollar educación a prueba de futuro y aprendizaje a lo largo de la vida en Europa de acuerdo con el derecho a una formación gratuita en el lugar de trabajo para todos, centrada en cuestiones tales como la educación cívica sobre procesos democráticos y sobre los valores y la historia de Europa, la mejora de la alfabetización económica como un aspecto para la mejor comprensión del proceso de integración europeo, las cualificaciones digitales, el emprendimiento y la investigación;

2.9.2. Respecto de la propuesta sobre cuestiones relativas a la juventud europea, con el objetivo de que la UE y los estados miembros se centren en las necesidades específicas de los jóvenes en todas las políticas relevantes, incluida la política regional de la Unión, para ofrecerles las mejores condiciones posibles de estudio y de trabajo y para iniciar una vida independiente, implicándolos en los procesos de la vida democrática y de toma de decisiones, incluido a nivel europeo, en el que las organizaciones juveniles tienen un papel esencial que jugar, se recomiendan las siguientes medidas:

-·preparar mejor a los jóvenes para incorporarse a la vida laboral, dar a los estudiantes mayores de doce años la oportunidad de visitar las organizaciones con ánimo de lucro y benéficas, como parte de un proceso de orientación para su carrera profesional futura en el marco de la educación formal, que permita un primer contacto con el entorno de trabajo profesional y conseguir así una orientación profesional y/o considerar la posibilidad de ser emprendedores;

-·dedicar una financiación más significativa en Europa a través de Next Generation UE a la implementación de la Garantía Juvenil, incluido un mayor compromiso, la mejora en la tramitación y gestión de las ayudas y de la calidad de la oferta, financiación y actuación por parte de los estados miembros y las

autoridades de los distintos niveles implicadas y, dada la experiencia de las organizaciones juveniles en las necesidades de los jóvenes, los gobiernos de los estados miembros deberían colaborar con ellas para garantizar el funcionamiento más efectivo de la Garantía Juvenil;

-·poner en marcha nuevas políticas para evitar la fuga de cerebros desde algunas regiones y países de la UE a causa de la insuficiencia de oportunidades disponibles para los jóvenes, haciendo a Europa más atractiva para evitar la fuga de talento y de mano de obra europea a terceros países, impidiendo así que se obstaculice la cohesión territorial, en particular en las áreas en las que se ha producido una pérdida importante de talento joven, incluso a través de la financiación de la UE; y

-·preparar planes con escenarios para desplegar de forma flexible, en caso de crisis grave, a fin de minimizar el impacto de ésta sobre los estudios, la formación profesional, la transición al mercado de trabajo y el bienestar mental de los jóvenes.

III. EL SEGUIMIENTO DE LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

En el marco de la petición formulada en el Informe Final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa a las tres instituciones europeas para que cada una, en el ámbito de sus competencias, examinara cómo hacer el seguimiento y dar respuesta eficaz a las propuestas y medidas contenidas en él, a continuación, se recogen las primeras reacciones de la Comisión, del Consejo, del Consejo Europeo y del Parlamento Europeo al efecto.

3.1. La comunicación de la comisión europea sobre como transformar la visión de los resultados de la conferencia sobre el futuro de Europa en acciones concretas

Con el fin de hacer el seguimiento de las medidas contenidas en las propuestas incluidas en el Informe Final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, el 17.06. 2022, la Comisión Europea adoptó una Comunicación sobre cómo transformar la visión de sus resultados en acciones concretas, lo que requiere realizar la evaluación de las propuestas contenidas en aquel, que para que sea creíble debe ajustarse a su espíritu y su letra, sin reinterpretarlas o seleccionarlas, distinguiendo entre:

-·las iniciativas que la Comisión ya está poniendo en práctica, que responden directamente a las propuestas, entre ellas las referidas a los acuerdos alcanzados sobre los salarios mínimos y la presencia de las mujeres en los consejos de administración de las empresas cotizadas de bolsa;

--las propuestas presentadas por la Comisión y en las que están trabajando actualmente los colegisladores, lo que implicará agilizar el trabajo legislativo, tal como en el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo;

--las áreas en las que la Comisión plantea formular propuestas, atendiendo a las medidas recomendadas, entre ellas las relativas a la prohibición de entrada en el mercado europeo de productos fabricados con trabajo forzoso; y

--las propuestas parcial o totalmente nuevas, que requerirán nuevas iniciativas o propuestas por parte de la Comisión.

En consecuencia, la Comisión deberá formular las iniciativas y las propuestas pertinentes de la forma más pragmática posible, a través de legislación o de otras vías, respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y las normas para mejorar la legislación, lo que incluye la evaluación del impacto probable de las opciones disponibles, evitando las consecuencias negativas y examinando el nivel en el que la toma de decisiones es más efectiva. Al tiempo, en muchas áreas se deben adoptar acciones no legislativas, porque no entran dentro de las competencias de la Comisión y porque en algunos casos pueden ser puestas en marcha mejor por otras instituciones, por los estados miembros o por las autoridades regionales y locales.

A propósito de la implicación de los Tratados vigentes en el proceso de seguimiento de las propuestas y de las medidas de la Conferencia, la Comisión rechaza que el debate sobre su modificación pueda ser un fin en sí mismo, ya que la mayoría de las medidas a adoptar pueden ser tomadas conforme a lo dispuesto en ellos, y tanto los estados miembros como las instituciones de la UE han acordado utilizar todo su potencial, como en el caso de la economía del futuro, a través de los fondos del Instrumento Europeo de Recuperación Next Generation EU, o del apoyo a las pequeñas empresas, a través del programa SURE, para mantener los puestos de trabajo durante la pandemia, debiendo tener en cuenta también su potencial sin explotar para responder a las propuestas, tal como el uso de las cláusulas pasarela para pasar a la votación por mayoría cualificada en ciertos ámbitos de la política, entre otros los de la fiscalidad y los derechos humanos.

Sin embargo, algunas de las ideas, las propuestas y las medidas contenidas en el Informe Final de la Conferencia son verdaderamente innovadoras y plantean explícitamente un cambio en los Tratados, concretamente en el área de la salud. De ahí que, dado que la Conferencia ha supuesto un nuevo impulso para centrarse en la renovación y en la mejora del proyecto europeo, a partir de sus fundamentos, actualizándolo cuando sea necesario, “la Comisión estará siempre del lado de quienes quieren reformar la UE para que funcione mejor, incluso modificando el Tratado cuando

sea necesario", según manifestó la Presidenta Von der Leyen en su discurso de clausura de la Conferencia.

Con este espíritu, la Comisión acoge favorablemente la voluntad del Parlamento Europeo de utilizar por primera vez sus poderes, reconocidos en el Tratado de Lisboa, de proponer enmiendas a los Tratados, que deberán ser debatidas en una Convención, durante la cual la Comisión está dispuesta a desempeñar su papel institucional conforme al procedimiento establecido en el artículo 48 del TUE y en particular dar su opinión en respuesta a la consulta del Consejo Europeo.

En cuanto al futuro, para situar a los ciudadanos en el centro de la democracia europea, más allá de la cantidad y la calidad de las propuestas políticas y de su impulso reformista, la Conferencia aportó una foto fija de cómo el espacio público europeo puede crear y cómo puede enriquecerse la democracia a nivel europeo, nacional, regional y local, implicando a los ciudadanos, permitiéndoles compartir sus ideas sobre cuestiones que consideran importantes para construir el futuro de la Unión.

De esta forma, en la medida en la que un cierto número de innovaciones de la Conferencia aporten una guía sobre el modo de incorporar a los ciudadanos en la fijación de prioridades y ambiciones, así como al diseño y formulación de políticas a nivel europeo, la Comisión se compromete a proponer vías para garantizar el reconocimiento a los ciudadanos de un papel más relevante en la formulación de políticas, de modo que, con el antecedente del éxito de los paneles de ciudadanos europeos y de los paneles de ciudadanos nacionales organizados por algunos estados miembros durante el desarrollo de la Conferencia, permitirá la creación de paneles de ciudadanos, elegidos al azar, que reflejen la diversidad y la demografía europea, integrados al menos por un tercio de jóvenes, para deliberar y hacer recomendaciones ante ciertas propuestas clave, como parte de su capacidad más amplia de formular políticas en línea con los principios de legislar mejor y, dependiendo de los temas, de dimensión paneuropea o limitados a objetivos más concretos, para abordar cuestiones políticas específicas, y a considerar la posibilidad de integrar en la evaluación de impacto un informe ciudadano que resuma el resultado de los procesos participativos y deliberativos; y a poner en marcha el primero de esta nueva generación de paneles ciudadanos, en el contexto del discurso del Estado de la Unión de 2022.

Por otra parte, para dar continuidad a la experiencia de la plataforma digital multilingüe de la Conferencia, a la vista de los llamamientos de los participantes en la Conferencia para establecer plataformas de consulta en línea, el portal " Díganos lo que piensa", que actuará de ventanilla única y reunirá información sobre los mecanismos de participación ciudadana disponibles en la Comisión, conservará los rasgos esenciales de aquella y realizará intercambios directos entre ciudadanos y comentarios, así como

encuestas y eventos en línea, como base de un nuevo sistema de participación e innovación democráticas, todo ello dentro de las actuaciones de la Comisión para reforzar la democracia y el espacio público europeo, con el convencimiento de que la democracia y la resiliencia democrática requieren más atención y esfuerzo que nunca, y de que quizá sea el momento de reflexionar sobre cómo aprovechar la experiencia de la Conferencia sobre el Futuro de Europa para promover una identidad cívica europea.

Como conclusión, dado que la Conferencia ha puesto de manifiesto que queda mucho trabajo por hacer, la Comisión acuerda iniciar la labor de seguimiento de las propuestas y medidas para mejorar Europa y garantizar que todos los ciudadanos puedan participar en las decisiones que les afectan, teniendo en cuenta su disposición para construir un futuro mejor junto con sus representantes electos para una Europa de paz y prosperidad, equidad y progreso, social y sostenible, y audaz en la aplicación de políticas que beneficien a todas las generaciones, responsabilidad compartida de las instituciones participantes conforme a sus competencias respectivas y con respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, lo que exigirá una comunicación clara y efectiva para garantizar la adhesión de los ciudadanos, generar confianza en el proceso y sus resultados, y anuncia la organización en otoño de 2022 de un acto informativo sobre la Conferencia, en el que las tres instituciones comuniquen cómo están dando seguimiento a las propuestas y hagan balance de los progresos, vinculando así los resultados de la Conferencia y las futuras actividades derivadas de ella.

3.2. La evaluación técnica preliminar de las propuestas y medidas anexas incluidas en el informe sobre el resultado final de la conferencia sobre el futuro de Europa

El Consejo de la UE y sus órganos preparatorios se vienen ocupando del seguimiento del Informe final sobre el resultado de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, a partir de la evaluación técnica preliminar de las propuestas y medidas anexas específicas incluidas en la evaluación, elaborada por la Secretaría General el 10.06.2022.

En ella, las propuestas y las medidas específicas consensuadas en la Conferencia, tras su análisis y evaluación, a efectos del seguimiento de la respuesta que deben recibir por parte de las instituciones de la UE se agrupan en tres bloques:

- las que han de abordarse mediante iniciativas de la UE ya existentes y en curso, porque ya se ha adoptado la legislación pertinente o porque está en estudio por los colegisladores, como las referidas a los temas del cambio climático y el medio ambiente; la salud; y la transformación digital, sin olvidar algunas iniciativas transversales recientes de la UE, tal como el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) con incidencia en propuestas y medidas relativas a los temas

de una economía más fuerte, justicia social y empleo; valores y derechos, Estado de Derecho y seguridad; y educación, cultura, juventud y deporte, en lo tocante a la inversión pública y la calidad de vida;

- las que podrían ser abordadas en mayor profundidad por las instituciones de la UE, la mayoría en el marco del Tratado actual, modificando el marco legislativo vigente para consolidar sus disposiciones o mediante herramientas, instrumentos, programas y estructuras ya existentes a escala de la UE, tales como el proceso del Semestre Europeo en relación con las propuestas de una economía más fuerte, justicia social y empleo; la mejora de varios programas de financiación de la UE en relación con algunas medidas en el marco de las propuestas sobre valores y derechos, Estado de Derecho y seguridad; y la labor de comunicación y la aplicación de la estrategia de comunicación de las instituciones de la UE, respecto de medidas en el marco de los propuestas sobre democracia europea y sobre educación, cultura, juventud y deporte; o mediante la adopción de nueva legislación, basada en el Tratado actual, a propósito de medidas en el marco de las propuestas sobre cambio climático y medio ambiente; valores y derechos, Estado de Derecho y seguridad; y una economía más fuerte, justicia social y empleo;

- las que podrían tener respuesta en el marco de las competencias compartidas, respecto de las que los estados miembros conservan su competencia de intervención hasta que la UE decida ejercer la suya, respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, ya reconocidas en el Tratado y las que podrían atenderse en el marco de las competencias de apoyo de la UE, a través de acciones de apoyo, coordinación o complemento de las actuaciones de los estados miembros, la mayoría de las cuales no requieren armonización a escala de la UE, tal como los programas de la UE respecto de los temas de digitalización y de educación, cultura, juventud y deporte; y las que podrían abordarse recurriendo a la flexibilidad del Tratado, mediante las cláusulas pasarela o las cláusulas de revisión simplificada, que permiten al Consejo Europeo o al Consejo ampliar el alcance de determinados fundamentos jurídicos o disposiciones de los Tratados, como la cooperación reforzada; y

- las que podrían requerir la modificación del Tratado para poder ser aplicadas plenamente, en número limitado, en relación con la propuesta sobre antidiscriminación, igualdad y calidad de vida, respecto de la medida de garantizar la obligatoriedad en toda la UE de creación de guarderías y de servicios de guardería; y

- en relación con la propuesta de la democracia europea, respecto de las medidas referidas a: el paso de la unanimidad a la mayoría cualificada en la votación en el Consejo Europeo, en el proceso de toma de decisiones en la UE; la atribución al Parlamento Europeo del derecho de iniciativa legislativa, en relación con la propuesta sobre democracia y elecciones; el reconocimiento a los parlamentos nacionales y regionales del derecho de iniciativa legislativa a escala de la UE y a estos últimos también de un derecho formal directo en relación con la subsidiariedad, con arreglo al Protocolo número 2 del Tratado, en relación con este principio; y la modificación o ampliación de las competencias del CESE o del CDR, en relación con el proceso de toma de decisiones y con la subsidiariedad en la UE.

3.3. Conclusiones del consejo europeo sobre los resultados de la conferencia sobre el futuro de Europa

El Consejo Europeo, por su parte, en la reunión de los días 23 y 24.06.2022, en sus conclusiones en relación con la Conferencia sobre el Futuro de Europa, se ha limitado a manifestar: que toma nota de las propuestas recogidas en el Informe Final sobre los resultados de la Conferencia, señalando que ésta ha supuesto una oportunidad excepcional para establecer un diálogo con la ciudadanía europea; y que las instituciones deben garantizar una acción consecutiva eficaz a dicho Informe, cada una dentro de su ámbito de competencias y de conformidad con los Tratados, y toma nota de que se ha iniciado la labor en este sentido; y recuerda la importancia de garantizar que la ciudadanía esté informada de la actuación consecutiva que se dé a las propuestas formuladas en el Informe.

3.4. Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento de las conclusiones de la conferencia sobre el futuro de Europa

Con los antecedentes de las Resoluciones de 16.02.2017, sobre la mejora del funcionamiento de la UE, aprovechando el potencial del Tratado de Lisboa (DOUE, C 252, de 18.07.2018) y sobre posibles modificaciones y ajustes de la actual configuración institucional de la UE, (DOUE, C 252, de 18.07.2018), de 13.02.2019, sobre la situación del debate sobre el futuro de Europa (P8_TA(2019)0098) y de 26.11.2020, sobre el balance de las elecciones europeas (P9_TA(2020)0327), en la sesión plenaria del 4.05.2022, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre el seguimiento que se dará a las Conclusiones de la Conferencia sobre el Futuro de Europa.

En ella, tras una serie de consideraciones sobre:

- la situación por la que está pasando la UE, que requiere un nuevo impulso para la integración europea, con una acción común y una solidaridad más fuerte; la aspiración a fortalecerse ante el juicio a que se verá sujeta por su capacidad para salir de la crisis actual; su compromiso pleno con la Conferencia y su convencimiento de que la Unión debe ser reformada para afrontar los retos actuales y futuros;

- las propuestas elaboradas con la participación de los ciudadanos, contenidas en el Informe Final de la Conferencia, que piden que la UE sea más democrática, segura, eficaz, próspera, justa, sostenible, más influyente en el mundo y con mayor capacidad de actuación;

- la disposición por parte de la Unión de medios adecuados y suficientes para alcanzar estos objetivos, lo que pone de relieve la necesidad de mejorar el funcionamiento de las instituciones, así como de herramientas para responder a los desafíos transnacionales en los ámbitos de la seguridad, la salud, el cambio climático y el medio ambiente, la migración, la digitalización, la defensa, la fiscalidad, la lucha contra las desigualdades, las políticas económicas y sociales, y la geopolítica;

- además de las propuestas legislativas, la necesidad de comenzar un proceso de reformas institucionales para responder a las recomendaciones y expectativas fruto de la participación ciudadana, y de nuevas actuaciones y, cuando proceda, modificaciones de los Tratados en interés de todos los europeos, a fin de reconfigurar la Unión para garantizar su autonomía estratégica abierta, su seguridad, sostenibilidad y competitividad , la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, y el respeto del Estado de Derecho y los derechos fundamentales; y

- la exigencia del compromiso pleno del Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo, las partes interesadas pertinentes y los ciudadanos para cualquier reforma de la Unión, como pone de manifiesto la Conferencia; y la experiencia de ésta, que confirma la importancia de mejorar todas las vías posibles de diálogo y cooperación entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales;

El Parlamento Europeo:

- acoge con satisfacción las Conclusiones de la Conferencia, aprobadas en la reunión del Plenario de 30.04.2022; expresa su satisfacción con las propuestas y medidas formuladas, basadas en las recomendaciones e ideas de los paneles europeos y nacionales de ciudadanos, del Evento Europeo de la Juventud y de la Plataforma Digital Multilingüe;

- acoge favorablemente que las Conclusiones de la Conferencia se redactaran en un proceso impulsado por los ciudadanos y destaca la importancia de la participación de éstos en la democracia europea, considerando que la Conferencia ha generado una participación innovadora y fructífera de los ciudadanos europeos y ha permitido a las instituciones europeas establecer un diálogo global sobre el futuro de la Unión entre éstos, los parlamentos nacionales, las autoridades regionales y locales, los interlocutores sociales y las organizaciones de la sociedad civil;

- destaca la importancia de la dimensión parlamentaria del proceso de la Conferencia y manifiesta su deseo de fomentar el diálogo y la cooperación entre los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo; y sostiene que el refuerzo del papel en el proceso de toma de decisiones de la Unión va de la mano de unas instituciones más democráticas, transparentes y responsables, y apoya que se consulte y haga participar continuamente a los ciudadanos en este proceso;

- señala que las crisis más recientes exigen soluciones comunes a escala europea y considera que la Conferencia ha supuesto una oportunidad única para ofrecer a la Unión propuestas con visión de futuro; al tiempo que considera que la agresión de Rusia a Ucrania pone de manifiesto que hace falta una unión geopolítica más fuerte, que hable con una sola voz en la escena mundial y que aplique estrategias comunes, entre otros, en el ámbito de la migración, basadas en la acción común y la plena solidaridad; y recuerda que en respuesta a la pandemia del COVID-19, la Unión ha demostrado su capacidad para actuar y promover soluciones innovadoras y comunes en relación con la salud, el crecimiento económico y la cohesión social; lo que le lleva a opinar que estas acciones positivas deben transformarse en un nuevo marco institucional y político permanente;

- destaca que las Conclusiones de la Conferencia ponen de manifiesto la necesidad de que la Unión desempeñe el liderazgo en la lucha contra el cambio climático, la protección de la biodiversidad y el fomento de la sostenibilidad; y responda a estos desafíos y a las expectativas de los ciudadanos trabajando en cambios ambiciosos en algunas de las políticas más cruciales;

- considera que puede alcanzarse una integración política más profunda y una auténtica democracia, a través del derecho de iniciativa legislativa para el Parlamento Europeo y de la supresión de la unanimidad del Consejo; y reconoce que las Conclusiones de la Conferencia requieren cambios en los Tratados, entre otros, en relación con la simplificación de la arquitectura institucional de la Unión,

mayor transparencia y rendición de cuentas en el proceso de toma de decisiones y una nueva reflexión sobre las competencias de la Unión;

- apoya que se dé un giro hacia un modelo de crecimiento sostenible, integrador y resiliente; que se refuerce la competitividad y la resiliencia de la economía de la Unión, con especial atención a las pymes, como columna vertebral de nuestra economía, y al control de la competitividad; que se aplique plenamente el Pilar Europeo de Derechos Sociales, incluidos sus objetivos principales pertinentes para 2030; que se incluya un Protocolo de Progreso Social y que se promuevan las inversiones orientadas al futuro, centradas en las transiciones ecológica y digital justas, con una fuerte dimensión social, incluida la igualdad de género, teniendo en cuenta también los instrumentos de recuperación Next Generation UE y el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo (SURE); y

- considera que es esencial centrarse en el seguimiento de las propuestas para responder a las solicitudes de los ciudadanos, con la esperanza de que todas las instituciones europeas se comprometan a adoptar un planteamiento constructivo y ambicioso, de conformidad con sus respectivas funciones y competencias, en todas las fases del seguimiento, incluida la presentación de propuestas legislativas; manifiesta su disposición a asumir sus responsabilidades y garantizar un seguimiento adecuado de los resultados de la Conferencia; y solicita la convocatoria de una Convención, activando el procedimiento de revisión de los Tratados previsto en el artículo 48 del TUE, y a la Comisión de Asuntos Constitucionales que inicie el procedimiento necesario al efecto.

3.5. El discurso sobre el estado de la Unión. Una Europa que se mantiene firme y unida

De esta forma, las primeras relaciones de nuevas iniciativas y propuestas han sido anunciadas por la Presidenta de la Comisión en el Discurso pronunciado el 14.09. 2022 sobre el Estado de la Unión y en la carta de intenciones adjunta, enviada por la Comisión a los presidentes del Parlamento Europeo y del Consejo, con las nuevas iniciativas clave para 2023, que figurarán entre las que se incluyan en el Programa de trabajo de la Comisión para 2023 y entre las prioridades legislativas que aborden conjuntamente las instituciones y los futuros programas de trabajo de la Comisión.

En el Discurso sobre el Estado de la Unión, bajo el lema “Una Europa que se mantiene firme unida”, dos de las iniciativas emblemáticas que incluye hacen referencia al ámbito del empleo y la política social, la que propone apoyar el entorno empresarial,

en particular a las pymes, para reforzar la competitividad futura de Europa, y la que trata de seguir defendiendo la democracia dentro y fuera de las fronteras de la UE y el Estado de Derecho.

Al destacar la importancia de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, se pone de manifiesto que representa un adelanto de un tipo de compromiso ciudadano que va más allá del día de las elecciones, de modo que los paneles de ciudadanos que fueron fundamentales para la Conferencia, se convertirán ahora en una característica regular de la vida democrática europea.

Por otra parte, para mantener el rumbo y prepararse para el futuro, señala que, si bien Europa es una unión de determinación y solidaridad, estos elementos se echan en falta en el debate sobre la migración, ya que las acciones hacia los refugiados ucranianos no deben ser una excepción sino el plan a seguir en adelante, para lo que serán necesarios procedimientos justos y rápidos, un sistema a prueba de crisis y rápido de implementar, y un mecanismo permanente y vinculante jurídicamente que garantice la solidaridad, así como un control efectivo de las fronteras exteriores, respetando los derechos fundamentales, de forma que Europa gestione la migración con dignidad y respeto y muestre solidaridad con todos los estados miembros.

Recordando el Discurso sobre el Estado de la Unión de 2021, en el que ya se expresó el deseo de que Europa se pareciera más a los jóvenes, cuyas aspiraciones se deberían poner en el centro de todas las acciones de la Comisión, en relación con la juventud se manifiesta el compromiso de dejar al mundo un lugar mejor para la próxima generación, entendiendo que es hora de consagrar la solidaridad entre generaciones en los Tratados, de renovar la promesa europea, mejorando la forma de decidir y de hacer las cosas, y si tomamos en serio la preparación para el mundo de mañana, que se debe actuar sobre las cosas que más importan y sobre las personas, y dado que tomamos en serio una unión más grande, también debemos ser serios respecto de la reforma, por lo que, atendiendo a la petición del Parlamento, se entiende que ha llegado el momento de celebrar una Convención Europea.

A propósito de la iniciativa relativa al apoyo al entorno empresarial para reforzar la competitividad futura de Europa, con particular atención a las pyme, en relación con la gobernanza económica, se anuncia la presentación en octubre próximo de nuevas ideas, ante la necesidad de redescubrir el espíritu de Maastricht, ya que la estabilidad y el crecimiento sólo pueden ir de la mano, y que Europa, al embarcarse en la transición ecológica y digital de la economía, debe confiar en los valores perennes de la economía social de mercado, en la idea de que su mayor fortaleza reside en todos y cada uno de nosotros, abre oportunidades pero también establece límites, premia el rendimiento y garantiza la protección, todo lo que se necesita aún más hoy por cuanto la fortaleza de la

economía social de mercado impulsará la transición ecológica y digital, al igual que se necesita un entorno empresarial propicio, una mano de obra con las capacidades adecuadas, de lo que, entre otros factores, depende la competitividad futura, por lo que se deben eliminar los obstáculos que frenan a las pequeñas empresas, que siempre han puesto a sus empleados en primer lugar, incluso y especialmente en tiempos de crisis, y sobre las que están pesando especialmente la inflación y la incertidumbre, por lo que la Comisión presentará un paquete de ayuda a las pyme a fin de garantizar la realización de negocio en la UE.

Siguiendo con esta línea argumental, la Comisión hace también referencia al reto que supone para las empresas europeas la escasez de recursos humanos y al número de desempleados, más bajo que nunca, lo que si por una parte es un signo positivo, por otra contrasta con el número de puestos de trabajo vacantes, de personal no cualificado y titulado, en niveles de récord, lo que exigirá invertir mucho más en formación y en formación continua, por lo que la Comisión manifiesta su voluntad de colaborar estrechamente con las empresas, que son las que mejor saben qué profesionales necesitan hoy y cuáles van a necesitar mañana, de modo que se puedan conciliar mejor sus necesidades con los objetivos y deseos de los solicitantes de empleo respecto de la trayectoria profesional de éstos; y al tiempo también la de atraer a profesionales especializados del extranjero que fortalezcan las empresas e impulsen el crecimiento en Europa, por lo que un primer paso importante será el de mejorar y acelerar el reconocimiento de sus cualificaciones, de modo que Europa sea más atractiva para quienes tienen capacidades y quieren implicarse, para lo que se propondrá que 2023 sea el Año Europeo de la Formación y sobre todo de la Formación Continua.

Consecuentemente con el contenido del Discurso sobre el Estado de la Unión, entre las nuevas iniciativas clave para 2023, en la carta de intenciones adjunta al mismo, la Comisión incluye: a propósito de la adaptación de Europa a la era digital, la elaboración de un paquete de ayuda a las pyme y la designación de 2023 como Año Europeo de las Capacidades; en relación con la puesta de la economía al servicio de las personas, la revisión de la gobernanza económica; respecto de la promoción del modo de vida europeo, el reconocimiento de las cualificaciones de nacionales de países terceros y sobre el nuevo impulso a la democracia europea, la presentación de una propuesta legislativa sobre una tarjeta europea de discapacidad.

GRANDES MAESTROS ESPAÑOLES DEL DERECHO DEL TRABAJO

La *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* CONTINUA en este número 63 con una nueva sección fija, dedicada a las aportaciones científicas de los grandes maestros españoles del Derecho del Trabajo, por riguroso orden de escalafón de las Cátedras universitarias desempeñadas a lo largo de sus vidas académicas. Particular importancia ha de reconocerse a la construcción de los fundamentos doctrinales de la disciplina a cargo de los cuatro primeros catedráticos, los profesores Eugenio Pérez Botija, Gaspar Bayón Chacón, Manuel Alonso Olea y Manuel Alonso García. Sin su excepcional esfuerzo creativo la doctrina laboralista española no habría alcanzado las cotas de excelencia de la que goza en la actualidad.

Paradójicamente la consulta de sus escritos palidece progresivamente, lo que no solo podría considerarse una ingratitud colectiva sino un desaprovechamiento de enseñanzas que mantienen aún hoy plena vigencia, pese a los profundos cambios habidos en la legislación y en la jurisprudencia sobre las que aquellas obras se elaboraron. A minorar las consecuencias de ese injustificable olvido obedece esta nueva sección, que irá poniendo ante los ojos de los jóvenes profesores e investigadores laboralistas los ricos catálogos de obras todavía fácilmente localizables en las bibliotecas especializadas (*Comité Ejecutivo*).

LA OBRA DE MANUEL ALONSO OLEA (UN ENSAYO BIBLIOGRÁFICO)

Por

JOSÉ SERRANO CARVAJAL (†)
MANUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN
ALFREDO MONTOYA MELGAR

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

La dimensión ingente de la obra de Manuel Alonso Olea obliga, cuando se aborda la tarea de inventariarla, a la prudencia; de aquí el subtítulo de este trabajo: sólo «un ensayo bibliográfico». Sólo un ensayo o intento porque razones de espacio, entre otras, impiden recoger las que, para en- tendernos, pudiéramos llamar «obras menores» (notas

de jurisprudencia, crónicas, recensiones y noticias de libros, escritos in memoriam…), que superan largamente el millar. Y sólo un ensayo o intento porque es alta- mente probable que alguna obra del Maestro haya quedado fuera de las que aquí se relacionan, máxime teniendo en cuenta que Alonso Olea publicó en innumerables revistas españolas y extranjeras, y dictó conferencias y participó en Congresos en múltiples países y a lo largo de muchos años.

Este inventario bibliográfico -cuya elaboración nos ha hecho evocar muchos episodios compartidos con el Maestro («a cierta edad -solía decir éste- tocio se vuelve biografía»)- no hubiera sido posible sin contar con el antecedente fundamental en la materia, la Bibliografía del Profesor Alonso Olea compuesta en 1996 por José Serrano Carvajal (†) y Manuel Serrano Ruiz-Calderón y editada por ACARL, que ahora actualizamos gracias a las notas (hasta ahora inéditas) de ambos autores y a la información adicional proporcionada amablemente por las Bibliotecas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Evitando u n excesivo fraccionamiento, que siempre tendría algo de artificial, hemos optado por incluir las obras relacionadas en tres únicos apartad os: l. Libros, II. Artículos, conferencia s e intervenciones en obras colectivas y en congresos, y III. Prólogos, epílogos y traducciones. Con carácter complementario, se ha añadido un apartado IV, dedicado a consignar las obras publicada s en homenaje y memoria del gran maestro de juristas.

I. LIBROS

Pactos colectivos y contratos de grupo, Madrid, 1955 (reimpr., 2000).

La Seguridad Social de los funcionarios públicos, en col. con E. Serrano Guirado, Premio Marvá, Madrid, 1956.

El despido, Madrid, 1957.

La materia contenciosa laboral, Sevilla, 1959 (2ª ed. 1967).

Instituciones de Seguridad Social, Madrid, 1959; apéndice por A. Montoya Melgar (18ª ed., 2002; desde la 1P ed., 1988, en col. con J.L. Tortuero Plaza).

La Ley Sindical Norteamericana de 1959, Madrid, 1960. Leyes Sindicales Británicas, Madrid, 1961(2ª ed., 1967). *La reclamación administrativa previa*, Sevilla, 1961.

Introducción al Derecho del Trabajo, Madrid, 1963 (7ª ed., 2015, a cargo de Mª E. Casas Baamonde y E. Alonso García). Trads. portuguesas: Introduao ao Direito do Trabalho, por G. de Vasconcelos, Coimbra, 1969; por A. Barata da Silva, Porto Alegre, 1969; por R.M. Macedo, N. Ferrari y A. Marcan, Curitiba, 1997).

Los Estados Unidos en sus libros, Madrid 1967 (reimpr., 2010).

Lecciones de Derecho del Trabajo. Curso de Médicos de Empresa, en col. Con J. Serrano Carvajal y A. Montoya Melgar, Madrid, 1967.

Leyes Sociales de España, 3ª ed., en col. con J. Castán Tobeñas, J. González Encabo, M. González Rothwoss, A. Montoya Melgar, A. Pereda Mareos, F. Rodríguez-Sañudo y J. Serrano Carvajal, «Biblioteca Medina y Marañón», Madrid, 1968.

Lecciones sobre contrato de trabajo, Madrid, 1968.

Derecho Procesal del Trabajo, Madrid, 1969 (edics. 5ª, 1989, a 133, 2004, en col. con C. Miñambres Puig; edics. 11, 2001, a 17ª, 2010, en col. con R. Mª Alonso García).

Nuevos libros sobre los Estados Unidos, Madrid, 1970.

Derecho del Trabajo, Madrid, 1971 (desde la 10ª ed., 1987, a la 26ª ed., 2009, en col. con Mª. E. Casas Baamonde).

Alienación. Historia de una palabra, discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1973 (2ª ed., Madrid, 1974; 3ª ed., México, 1988).

Derecho del Trabajo. Unidades Didácticas, UNED, Madrid, 1974.

De la servidumbre al contrato de trabajo, Madrid, 1979 (2ª ed., Madrid 1978; trad. alemana: Von der Horigkeit zum Arbeitsvertrag, por A. e I. Fuentes Rojo, Heidelberg, 1981; trad. portuguesa: Da escravidao ao contrato de trabalho, por S. Antone Fustado, Curitiba, 1990).

El Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario Breve, Madrid 1980 (4ª ed., 1995; la 2ª, 3ª y 4ª, en col. con G. Barreiro González).

Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución, discurso de ingreso en la Real Academia de jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1981 (reimpr., 1981 y 1990).

Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, tomo I, Civitas, 1984; desde el tomo XI (1993) al XXXI (2014), en col. con A. Montoya Melgar.

Variaciones sobre Hegel, Civitas, 1987 Creed. en 2003 y 2016).

La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio, Madrid, Civitas, 1990.

Entre Don Quijote y Sancho, ¿relación laboral?, UCM, Madrid, 1992 (reeds. Segovia, 1993, Bogotá, 1993, Lima, 1993 y León, 1996; trad. portuguesa: Entre Don Quixote e Sancho, ¿reçao laboral?, por J. Leite, Coimbra, 1993; trad. alemana: Don Quijote und Sacho Panza -ein Arbeitsveerhältnis?, por K. Adomeit, Munich, 1993; trad. inglesa: Betwen D. Quijote and Sancho Panza, a contract employment of relationship?, por K. Walsh, Boston, 1997).

Tiempo para votar y quien lo haya de pagar; Civitas, 1992.

Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, Civitas, Madrid, 1994.

Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, Civitas, 1994.

Aproximación jurídica a un tema cervantino, Instituto de España, 1999.

El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado, Madrid 1995 (reimpr. Thomson Reuters/Civitas, 2016).

Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000, Civitas, 2000.

Comentario a la Ley 41/2002, de14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en col. con F. Fanego Castillo), Civitas, Madrid, 2003.

Labour Law in Spain (en col. con F. Rodríguez-Sañudo), Austin, 2010.

II. ARTÍCULOS, CONFERENCIAS E INTERVENCIONES EN OBRAS COLECTIVAS Y EN CONGRESOS [*]

«La revocación de los actos administrativos en materia de personal: el acto de contrario imperio ante el recurso de agravios»; RAP, nº 1, 1950.

«Lesividad y revocación de las resoluciones en materia de personal», RAP, nº 14, 1954.

«Trabajo y discriminación racial», REP, nº 60, 1951.

«Control y fomento de la agricultura en los Estados Unidos; el sostenimiento de precios de los productos agrícolas», RAP, nº 5, 1951.

«Perspectivas del Seguro de Enfermedad en los Estados Unidos», RESS, nº 8, 1951.

«El estatuto jurídico de la movilización industrial de defensa», RAP, nº 6, 1951.

«El proyecto de presupuesto norteamericano para el año fiscal 1951-1952», RAP, nº 4, 1951.

«El proyecto de presupuesto norteamericano para el año fiscal 1952-1953», RAP, nº 7, 1952.

«Los sindicatos norteamericanos como grupos de presión», REP, nº 63, 1952.

«El alcance de la imposición de la Tarifa I de la Contribución sobre las utilidades de la riqueza mobiliaria», RAP, nº 9, 1952.

---

[*] ABREVIATURAS EMPLEADAS:

ADC: Anuario de Derecho Civil; ACARL: Asociación de las Cajas de Ahorros para las Relaciones Laborales; ARANM: Anales de la Real Academia Nacional de Medicina; AUS: Anales de la Universidad de Sevilla; BCAM: Boletín del Colegio de Abogados de Madrid; CECA: Confederación Española de Cajas de Ahorros; CPS: Cuadernos de Política Social; DA: Documentación Administrativa: DL: Documentación Laboral; IEP: Instituto de Estudios Políticos; RACMP: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas; RAJYL: Real academia de Jurisprudencia y Legislación; RAP: Revista de Administración Pública; RDP: Revista de Derecho Procesal; REDA: Revista Española de Derecho Administrativo; RDT: Revista de Derecho del Trabajo; REDT: Revista Española de Derecho del Trabajo; REP: Revista de Estudios Políticos; RESS: Revista Española de Seguridad Social; RFDUCM; Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; RICA: Revista Internacional de Ciencias Administrativas; RISS: Revista Iberoamericana de Seguridad Social; RPS: Revista de Política Social; RMTAS: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; RT: Revista de Trabajo.

«Régimen fiscal del plus de cargas familiares», Rev. de Der. Finanaciero y de Hacienda Pública, nº 14, 1954.

«La configuración de los sindicatos norteamericanos (I y II)», REP, ns. 70 y 71, 1953.

«La proyectada reforma de la Ley Taft-Hartley», CPS, nº 20, 1953.

«Salarios y Seguridad Social», RISS, nº 2, 1953.

«Salarios y Seguridad Social, 1954», RISS, nº 3, 1954.

«Los gravámenes fiscales de las rentas de trabajo y de las prestaciones de Seguridad Social», CPS, nº 22, 1954.

«Las relaciones familiares ante las normas de Seguridad social», *Estudios dedicados al Prof. García Oviedo*, 11, 1954.

«La Ley de 17 de julio de 1954 sobre Ayuda familiar a los funcionarios públicos civiles», RAP, nº 1, 1955 (también en RISS, nº 2, 1955).

«Sobre si la persona jurídica puede sr trabajador: orígenes e interpretación del artículo 4 de la Ley de Contrato de Trabajo», RT, nº 1, 1955.

«Salarios y Seguridad Social, 1955», RISS, nº 2, 1955.

«Notas sobre el Código Internacional del Trabajo», RISS, nº 1, 1955.

«Las ideologías del sindicalismo. Sindicalismo económico y sindicalismo político», REP, nº 82, 1955.

«Régimen fiscal de las participaciones de los trabajadores en los beneficios de las empresas», *Rev. de Der. Financiero y de Hacienda Pública*, nº 17, 1955.

«Salarios y Seguridad Social, 1956», RISS, nº 2, 1956.

«Régimen jurídico de la Seguridad Social», CPS, nº 29, 1956; reprod. en RAP nº 19, 1956).

«The Organization and Administration of Public Enterprises in Spain», en H. Hanson: *Public Enterprise*, Bruselas, 1956.

«Salarios y Seguridad Social, 1957», RISS, nº 1, 1957.

«Economía y Sociología Industrial», CPS, nº 36, 1957.

«Salarios y Seguridad Social, 1958», RISS, nº 2, 1958.

«Desviaciones del principio de unidad de empresa», RDT, nº 26, 1958.

«El Texto Refundido de Procedimiento Laboral como fuente del Derecho», BCAM, IX-X, 1958.

«Sobre la política de salarios y su evolución», AUS, XIX, 1959.

«Sobre la representación procesal en los juicios ante la Magistratura de Trabajo», RDT, nº32, 1959.

«Extensión y límites de la Jurisdicción del Trabajo», RDP, nº 2, 1959.

«Capacidad y legitimación de las partes en los procesos de trabajo», RT, nº 2, 1959.

«La evolución de la política de salarios: su conexión con la Seguridad Social», en OISS: *Estudios. Ciclo de Conferencias 1959-1960*.

«En torno a las cotizaciones de Seguridad Social», RISS, nº 2, 1960.

«La evolución de la política de salarios en España», Rev. del Gabinete de Estudios Corporativos, nº 42, 1960.

«Perspectivas actuales del sindicalismo norteamericano», Cuad. Centro Estudios Sindicales, nº 14, 1960 (reprod. en AUS, XX, 1960).

«Hecho y derecho en la calificación de las incapacidades», RT, nº 3, 1960 (reprod. en RISS, nº 6, 1960, y en *Problemática de la Ciencia del Derecho. Estudios Homenaje Prof. Pí y Suñer*; Barcelona, 1962).

«Los trabajadore s extranjeros en España», en *Las inversiones de capital extranjero en España*, 1960.

«El sindicalismo en los Estados Unidos», en Asoc. Católica Nac. de Propagandistas: Panorama del sindicalismo mundial, Madrid, 1961.

«La responsabilidad por accidente de trabajo», RISS, nº 1, 1961.

«Sobre las variaciones "sustanciales" de la demanda y su tratamiento en los procesos de trabajo», RDT, nº 43, 1961.

«La evolución de los salarios», en *El Nuevo Estado Español*, Madrid, 1961(2ª ed. 1963).

«La reclamación previa en los procesos de Seguridad Social», RISS, nº 2, 1961.

«Salarios y subsidios familiares en la *Mater et Magistra*», RPS, nº 52, 1961.

«El Seguro Nacional de Desempleo», RISS, nº 6, 1961.

«La Ley de 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer». RAP, nº 36, 1961.

«El proceso de trabajo y la reclamación administrativa previa», estudios *homenaje Jordana de Pozas*, III, 3°, Madrid, 1961.

«Derechos irrenunciables y principio de congruencia», ADC, XV.II, 1962.

«La Empresa desde el punto de vista social», en *La Empresa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

«La iniciación de los procesos ante Ja jurisdicción de Trabajo en España», Cuadernos del Instituto de Derecho del Trabajo, Tucumán, nº 7, 1963.

«Sobre los principios cardinales el proyecto de Ley de Bases se la Seguridad Social», *Publicaciones del Seminario de Derecho del Trabajo*. Universidad de Barcelona, 1963 (2ª ed., Ministerio de Trabajo, 1964).

«Desarrollo económico y empleo», RT, nº 6, 1964.

«Las Bases de la Seguridad Social», RPS, nº 61, 1964 (reprod. en RISS, nº 4, 1964).

«La emigración: motivos y situaciones actuales», *Actas del tercer cursillo anual para Asistentes Sociales Españoles en Alemania*, Friburgo, 1964.

«Sobre el poder de dirección del empresario», RPS, nº 65, 1965.

«El Empleo y la Emigración como factores del Desarrollo económico», Congreso Internacional de Derecho Industrial y Social, Tarragona, 18-22 mayo 1965.

«Empleo y emigración: hechos y problemas», en *Problemas Políticos de la Sociedad Actual*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

«La política de Seguridad Social», BEE Deusto, XX, nº 64, 1965 (reprod. en RISS, nº 5, 1965).

«Sobre la historia de los procesos de trabajo», RT, nº 15, 1965.

«Seguridad Social y Jurisdicción», INP, Madrid, 1966.

«El contencioso de la Seguridad Social», RDP, novbre. 1966.

«La personalidad científica del Prof. Pérez Botija», Escuela Social de Madrid, 1966.

«Las diferencias entre las diversas clases de trabajadores (…) en la legislación, en los convenios colectivos y en la práctica profesional» (en col. con A. Montoya Melgar), Rapport Nacional, VI Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estocolmo, 1966.

«El estado actual del Derecho del Trabajo y de la Seguridad social en el ámbito de la enseñanza y de la investigación, y sus relaciones con las ciencias conexas» (en col. con A. Montoya Melgar), Rapport Nacional, VI Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estocolmo, 1966).

«La cogestión en los países anglosajones», en Dpto. Derecho del Trabajo UCM: *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores*, 1967.

«El futuro de la participación en la gestión», en Seminario Derecho del Trabajo UCM: *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, 1967.

«En torno al concepto de contrato de trabajo», ADC, XX, I, 1967.

«Derecho del Trabajo: un ensayo bibliográfico», RPS, nº 76, 1967.

«Funcionarios y obreros municipales: un problema jurisdiccional», en *Problemas políticos de la vida local*, VII, Madrid, 1967.

«Sobre la historia de los procesos de trabajo», *Estudios en Honor Prof. Giménez Fernández*, Sevilla, 1967.

«La participación de los trabajadores en las empresas», II Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 1967.

«La reforma del art. 222 del Código Penal», en Seminario Derecho del Trabajo UCM, 1968.

«La participación de los trabajadores en la empresa», *Derecho Social*, Bogotá, nº 12, vol. V, 1968.

«La estructura orgánica de la jurisdicción de trabajo en España», *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* ofrecidos al Prof. Walker Linares, Santiago de Chile, 1968.

«La responsabilidad por accidente de trabajo», RFDUCM, XII, núms. 31-32, 1968.

«Derecho Procesal del Trabajo (I)», RT, nº 21, 1968.

«Derecho Procesal del Trabajo (II)», RT, nº 22, 1968.

«Derecho Procesal del Trabajo (III)», RT, nº 23, 1968.

«Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; un ensayo bibliográfico», RISS, nº 1, 1968.

«La Administración Social española» (en col. con A. Montoya Melgar), RICA, 1969.

«El despido disciplinario. Su carácter causal», en Seminario Derecho del Trabajo: *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, 1969.

«Perspectivas de la regulación del despido», en Seminario Derecho del Trabajo: *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, 1969.

«Perspectivas de la Organización Internacional del Trabajo», *Estudios Sindicales y Cooperativos*, abril-septiembre. 1969.

«Sobre el incidente de no readmisión», RPS, nº 87, 1969.

«La aplicación del Derecho del Trabajo», Ministerio de Trabajo, 1970.

«Política de empleo, desarrollo y recursos humanos», en Seminario de Derecho del Trabajo de la UCM: *Diecisiete Lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, 1970.

«La Revolución Industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo», RT, nº 32, 1970.

«Sobre la realidad subyacente al Derecho del Trabajo», en *Derecho del Trabajo*, R. Argentina, 1971.

«La responsabilidad por accidente de trabajo», RISS, nº 2, 1971.

«El aseguramiento de los accidentes de trabajo», RPS, nº 90, 1971.

«El dinamismo de la Seguridad Social», Escuela Social de Murcia, 1971 (nueva versión en *Diálogos sobre la empresa*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972).

«Sobre la alienación (I)», REP, nº 179, 1971.

«Consideración general sobre las clasificaciones del salario», en Seminario de Derecho del Trabajo de la UCM: Dieciséis Lecciones sobre salarios y sus clases, 1971.

«Sobre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», ADC, XXIV, II, 1971.

«Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa», *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, II, 1971.

«Instituciones laborales de deliberación y participación», *Consejo de Estado. Libro jubilar;* Madrid, 1972.

«Sobre la alienación (II)», REP, nº 181, 1972.

«Características comunes y clasificación de los regímenes especiales», en Seminario de Derecho del trabajo de la UCM: *Diecisiete Lecciones sobre Regímenes especiales de Seguridad Social*, 1972.

«Trabajo eventual o por tiempo limitado», IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sao Paulo, 1972.

«Consideraciones sobre la reciente jurisprudencia norteamericana en torno al aborto», ARANM, XC, 1973.

«La responsabilidad por accidente de trabajo», RISS, nº 1, 1973.

«La materia contencioso-laboral en la Ley 19/1973, de 17 de marzo, sobre modificación de la de 27 d diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa», RAP, nº 70, 1973.

«El aseguramiento de los accidentes de trabajo», RPS, nº 98, 1973.

«Naturaleza jurídica, partes, elaboración y contenido de los convenios colectivos de trabajo», *Derecho Colectivo Laboral*, estudios en homenaje de M. R. Tissembaum, Buenos Aires, 1973.

«El concepto de convenio colectivo», *Estudios sobre la negociación colectiva en memoria de Francisco de Ferrari*, Montevideo, 1973.

«El papel de la falta en el Derecho de la Seguridad Social» (en col. con A. Montoya Melgar), Rapport Nacional, VII Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Varsovia, 1973.

«Los principios cardinales de la Seguridad Social agraria», en *La problemática laboral de la agricultura*, CEU, Madrid, 1974.

«Historia de la casación social», en Seminario de Derecho del Trabajo de la UCM: *Dieciséis Lecciones sobre casación en lo laboral*, 1974.

«La Seguridad Social», en *La España de los años 70*, III-II, Madrid, 1974.

«Código Civil e contrato de trabalho», *Revista de Legislaçao do Trabalho*, Sao Paulo, 1974.

«La asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social», RISS, nº 5, 1974.

«Alienación y convivencia en Sartre.» Anales RACMP, nº 51, vol. XXV, 1974.

«Accidentes de trabajo del trabajador por cuenta propia o autónomo», *Studí in onore di Giuseppe Chiarelli*, III, Milán, 1974.

«El poder de decisión y el contencioso en materia de prestaciones de la Seguridad Social» (en col. con A. Montoya Melgar), Rappor Nacional, VIII Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Selva di Fasano (Brindisi), 1974.

«Temas de prevención y reparación de riesgos profesionales en la legislación española», RIT, vol. 91, nº 5, 1975.

«Los orígenes del Derecho del Trabajo», RFDUCM, XVI, nº 44, 1975.

«Los conflictos colectivos de trabajo», *Estudios laborales*, nº 2, 1975.

«La responsabilidad por accidente de trabajo», RISS, nº 6, 1975.

«Cambio social: evolucionismo y funcionalismo», Anales RACMP, nº 52, XXVII, 1975.

«Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes», ADC, XXVIII, IV, 1975.

«Un día de jurisprudencia social», INP, Madrid, 1976.

«Origen, desenvolvimiento y significado actual del convenio colectivo», en Seminario de Derecho del Trabajo de la UCM: *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, Madrid, 1976.

«El aseguramiento de los accidentes de trabajo», RPS, nº 110, 1976 (reprod. En RISS nº 5, 1976).

«jurisdicción de Trabajo y Ministerio Fiscal», *Ciclo de conferencias organizado por el Ministerio Fiscal*, Madrid, 1976.

«Two Years of Labour and Industrial Relations Law i n Spain», en BCLR, nº 1976.

«Valoración de la deficiencias, invalideces y perjuicios corporales desde el punto de vista jurídico-laboral», ARANM, XCIII, 4°, 1976.

«La persona humana y la prestación de sus servicios. Un apunte sobre historia de las ideas de Bodino a Hegel», Anales de la RACMP, 1977.

«Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales», en Seminario de Derecho del Trabajo de la UCM: *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, 1977.

«Salarios: el Fondo de Garantía Salarial», en Seminario de Derecho del Trabajo de la UCM: *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, 1977.

«Los principios básicos de la nueva Ley de convenios colectivos», Estudios de Deusto, XXV, nº 1, 1977.

«Los arrendamientos romanos en el contrato de trabajo», *Estudios de Derecho Laboral en homenaje a Rafael Caldera*, I, Caracas, 1977.

«General Outline of the Social Security in Spain and South America», en *Social Security and Medical Care*, Deventer, 1977.

«La asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social», *Homenaje a Segismundo Royo Villanova*, Madrid, 1977.

«Consideraciones sobre la refirma del sindicalismo español», Anales de la RACMP, XXIX, nº 54, 1977.

«Breve nota sobre el arrendamiento de servicios en Pothier, junto con la traducción de algunos pasajes del mismo», RPS, nº 177, 1978.

«Arbitraje y papel de los tribunales: la administración de justicia en el Derecho del Trabajo» (en col. con A. Montoya Melgar), Rapport Nacional, IX Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Munich, 1978.

«Libertad sindical y derecho de sindicación», en Colegio Abogados Murcia: *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, 1978.

«La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador», RPS, nº 118, 1978.

«Una nota sobre *El espíritu del pueblo*», REP, nº 2, 1978.

«División del trabajo y alienación en *La riqueza de las Naciones*», en *Hacienda Pública española*, nº 54, 1978.

«Hegel y la conformación del arrendamiento de servicios», *Simposio de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1978.

«Sobre las recientes modificaciones en la regulación de la contratación colectiva de condiciones de trabajo en España», CECA, 1978.

«El aseguramiento de los accidentes de trabajo», Anales del Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1979.

«Trabajo libre y trabajo dependiente», *Estudios de Derecho individual del trabajo* en honor de Mario L. Deveali, Buenos Aires, 1979.

«El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas», RPS, nº 121, 1979.

«La responsabilidad laboral del Estado», *Derecho Laboral*, Montevideo, XXIII, nº 117, 1980.

«La Constitución y las fuentes del Derecho», en *El Estatuto de los Trabajadores. jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo*, Madrid, 1980 (reprod. en El trabajo en la Constitución, II Coloquio sobre Relaciones Laborales, Zaragoza, 1982).

«El trabajo como objeto de la disciplina jurídica», *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*, nº 24, 1980.

«La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador», RPS, nº 126, 1980.

«El sistema normativo del Estado y de las comunidades autónomas», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

«La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno», *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Caspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.

«El trabajo en régimen de servidumbre», *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho, UCM. 1980.

«Apunte sobre las formas de trabajo en Turgot y la comparación al respecto entre éste y Adam Smith, hecha por Dupont de Nemours, con un apéndice sobre la duración del aprendizaje», *Estudios in memoriam del Prof. Otto Kahn-Freund*, Munich, 1980.

«Progreso biológico y relaciones de trabajo», Anales de la RACMP, XXXII, nº 57, 1980.

«El paro forzoso y su aseguramiento», RPS nº 129, 1981.

«Il Diritto del Lavoro in Spagna», *Enciclopedia Gíuridica del Lavoro*, vol. XV, Padua, 1981.

«Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores», Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1981.

«La regulación actual del derecho de huelga», REDT, nº 7, 1981.

«Las Comunidades Autónomas y las fuentes del Derecho del Trabajo», en *Las relaciones laborales en la España de los 80*, ACARL, Madrid, 1981.

«Una nota sobre *El espíritu del pueblo*» (2ª ed. ampliada), REP, nº 24, 1981.

«Los principios de la contratación temporal», en *La contratación temporal*, ACARL, 1982.

«Labor en *Labor Exercens*», *Escritos de homenaje a S.S. Juan Pablo II*, RACMP, 1982.

«El concepto de trabajo en la Encíclica *Laborem Exercens*», DL, nº 2, 1982.

«El paro forzoso y su aseguramiento social», *Estudios de homenaje al prof. Lucas Beltrán Flores*, Madrid, 1982.

«Las Comunidades Autónomas y las fuentes del Derecho del Trabajo», DA, nº 3, 1982.

«Accidente común y accidente de trabajo», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, I, Madrid, 1982.

«Cien años de Seguridad Social», en *Papeles de Economía Española*, nº 12, 1982.

«El paro forzoso y su aseguramiento social», RSS, nº 15, 1982.

«Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes», *Estudios Homenaje José Antonio García-Trevijano Fos*, Madrid, 1982 (1ª versión).

«Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes», Anales de la RACMP, XXIV, nº 59, 1982 (2ª versión).

«Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes», Anales de la RACMP, XXIV, nº 65, 1982 (3ª versión).

«El paro forzoso y aseguramiento social» en *Estudios en homenaje a Lucas Beltrán*, Madrid, 1982.

«La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo», *El trabajo en la Constitución. II Coloquio sobre Relaciones Laborales*, Zaragoza, 1982.

«Negociación colectiva. Comentario al art. 37, núm. 1 de la Constitución», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, III, Madrid, 1983.

«El modelo constitucional de las relaciones de trabajo y las decisiones del Tribunal Constitucional», en *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

«El trabajo como bien escaso», Círculo de Empresarios, 1982 (reprod. en *XX Ciclo de Conferencias de Hidroeléctrica Española*, Madrid, 1982, y en *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, I Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo, 1983.

«El concepto de accidente de trabajo», *Libro homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, 1983.

«Alienación en Sartre. La visión terrorífica del otro», *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia jurídica en homenaje al catedrático Don Luis Legaz y Lacambra* (1906-1980), I, Madrid, 1983.

«Notas sobre una adición reciente al corpus hegeliano», ADC, XXXVI, III, 1983 (número *in memoriam* del Prof. Federico de Castro y Bravo).

«Jornada de trabajo y temas conexos», RPS, nº 141, 1984.

«La carga de la prueba en los procesos de trabajo», *Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires, nº 3, 1984.

«Igualdad y desigualdad salarial», REDT, nº 20, 1984.

«Personalidad, propiedad y arrendamiento de servicios. Un estudio sobre Hegel», *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984.

«Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario y seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados» (en col. con A. Monto- ya Melgar), Rapport Nacional, X Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Washington, 1984.

«Crise, maintien de l'emploi et partage du travail», Rapport español al *Coloque Jnternational. Centro de Estudios jurídicos Europeos,* Ginebra, 1984.

«La dialéctica confrontación-compromiso social, factor de cambio en la definición del Derecho del Trabajo en los años 80», *II Encuentro Iberoamericano sobre Relaciones de Trabajo,* Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.

«Unidades de negociación colectiva y legitimación para el conflicto colectivo», en *Problemas actuales de la negociación colectiva,* ACARL, Madrid, 1984.

«Las raíces del trabajo alienado en Marx», Anales de la RACMP, XXXVI, nº 61.

«El paro forzoso. Clases y aseguramiento», RPS, nº 145, 1985.

«La cuestión social», en *Los estudios de un joven de hoy,* Madrid, 1982 (2ª ed. en *Propuestas culturales para la juventud,* Madrid, 1985.

«El trabajo objeto del derecho del Trabajo», *Homenaje a Mozart Víctor Russomano,* Bogotá, 1985.

«Panorama general de la Ley Orgánica de Libertad Sindical», *Seminario sobre el Proyecto de LOLS,* RFDUCM, nº 7, 1985.

«Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional», *jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución,* Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social», 1985.

«Sobre la legitimación para revisión de convenio colectivo multiempresarial», *III jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones Laborales,* Jerez de la Frontera, 1985.

«Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: prestaciones y rehabilitación» (en col. con A. Montoya Melgar), Rapport Nacional, XI Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 1985.

«Sobre el aviso de huelga en la huelga sectorial», REDT, nº 24, 1985.

«Jurisprudencia constitucional en corno a la compatibilidad de pensiones», *II jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo,* Granada, 1983 (publicado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en 1985).

«Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical», REDT, nº 22, 1986.

«El trabajo como un bien económico escaso», en *La automación y el desempleo,* Lima, 1986.

«A extinçao do contrato de trabalho por morte, aposentadoria o incapacidades do empregador», *Synthesis*, Sao Paulo, nº 3, 1986.

«Sobre la forma del despido en relación con el Convenio de la OIT nº 158, sobre la terminación de la relación de trabajo», DL, nº 29, 1986.

«Aspectos sociales de la Comunidad Económica Europea», Anales de la RACMP, XXXVI, nº 63, 1986.

«A concertaçao social en Espanha», *Revista de Direito e de Estudos Sociais,* Lisboa, XXVIII, nº 4, 1986.

«Legitimación para la revisión del convenio colectivo», REDT, nº 21, 1986.

«Jurisprudencia sobre lugar, tiempo y forma del despido», REDT, nº 28, 1986.

«Sobre la congruencia entre la vía previa y el proceso, a propósito de la Ley de Divorcio …» REDT, nº 27, 1986.

«Los pactos sociales y sus efectos sobre la inflación y el desempleo», *Congreso Internacional de Direito do Trabalho*, Santos, Leopoldianum, XIII, nº 37, 1987.

«Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del derecho del Trabajo a la crisis económica y al cambio tecnológico. Una primera recapitulación», Derecho laboral, Montevideo, XXX, nº 145, 1987.

«Jurisdicción Social y Derecho interno., en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, 1987.

«Os contratos de trabalho atípicos en adaptaçao do Direito do Trabalho a crise económica e as modificaçoes tecnológicas», *Synthesis*, nº 4, 1987.

«El trabajo por cuenta ajena. Su consideración jurídica, social y económica en la Encíclica *Laborem Exercens*», Anales de la RACMP, XXXIX, nº 64, 1987.

«Igualdad y desigualdad en las remuneraciones. Consideraciones sobre la libertad contractual en torno a la fijación de los salarios al hilo de una sentencia constitucional», en *El salario. Estudios en homenaje al prof. Américo Plá Rodríguez*, Montevideo, 1987.

«Propiedad privada y división el trabajo. Las raíces del trabajo alienado en Carlos Marx», *Historia y Pensamiento. Homenaje a Luis Díez del Corral*, Madrid, UCM, 1987.

«Invenciones laborales», *Jornada sobre la nueva Ley española de Patentes*, Barcelona, 1987.

«Constitución, jurisprudencia y jurisdicción laboral», *IX Congreso iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social*, Bogotá, 1987.

«Los conflictos de leyes en Derecho del Trabajo» (en col. con A. Montoya Melgar y J.M. Galiana Moreno), I Congreso Regional Europeo de Derecho del trabajo y de la seguridad Social, Szeged, 1987.

«Sobre la *acción afirmativa* en cuanto a las condiciones de trabajo de la mujer», REDT, nº 20, 1987.

«Jurisprudencia sobre responsabilidad civil del empresario ante terceros por actos del trabajador», REDT, nº 29, 1987.

«El concepto de accidente de trabajo», *Obra homenaje al Prof. Dr. Alfredo J. Ruprecht*, México, UNAM. 1988.

«Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del Derecho del Trabajo a la crisis económica y al cambio tecnológico», *Cuestiones Laborales. Homenaje a Mozart Víctor Russomano*, México, UNAM, 1988.

«La responsabilidad por accidente de trabajo», RJSS, nº 5, 1988.

«Mutualidad es de Previsión Social», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, I, Estudios Empresariales y Financieros, nº 3, 1988.

«El trabajo en la ciudad medieval y el gremio», *Libro Homenaje a J. Vallet de Goytisolo*, III, Madrid, 1988.

«Una tarea inconclusa: la Ley de Procedimiento Laboral», REDT, nº 34, 1988.

«Nuevas adiciones al *corpus* de la Filosofía del derecho hegeliana», ADC, XLI, II, 1988.

«Resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo», REDT, nº 36, 1988.

«Los derechos del hombre en el trabajo y la Encíclica *Laborem Exercens*», Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1987 (publicado en 1988).

«Nota sobre el orden jurisdiccional social en la transición entre plantas», REDT, nº 37, 1989.

«El ámbito de la jurisdicción social», en *La reforma del procedimiento laboral*, Madrid, 1989.

«La herencia de Gala», Anales de la RACMP, XLI, nº 66, 1989.

«Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas», *Libro Homenaje al profesor Villar Palasí*, Madrid, 1989.

«Experiencia española en la solución de los conflictos de trabajo», *Conferencias magistrales en honor a M. V Russomano*, México, UAM, 1989.

«Sistema de soluçao de conflictos de trabalho», *Estudios en homenaje a Arnaldo Sussekind*, Sao Paulo, 1989.

«Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», *Boletín Facultad Derecho Universidad Coimbra*, LXV, 1989.

«Las raíces del contrato de trabajo», Anales de la RAJYL, curso 1988-1989.

«Impugnación judicial de los actos de la Administración de la Seguridad social» (en col. con Y. Sánchez-Urán), DA, nº 220, 1989.

«Las relaciones laborales ante la crisis económica y el cambio tecnológico. Una primera recapitulación», en *El nuevo Derecho de la Empresa*, Madrid, 1989.

«Sobre la doble garantía (…) para la imposición de sanciones administrativas a empresarios en materia laboral» REDT nº 39, 1989.

«Huelgas atípicas: identificación, caracteres y efectos jurídicos», en *Temas do Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990.

«Sobre los procesos colectivos y las sentencias declarativas y normativas», *Boletín Facultad Derecho* Universidad Coimbra, LXV, 1989 (nueva versión en REDT, nº 41, 1990).

«Sobre si el salario es dato que pudiera afectar a la intimidad personal», RT, nº 100, 1990.

«El contrapunto de la Revolución Francesa», en Anales de la RACMP, XLII, nº 67, 1990.

«Sobre la declaración de nulidad de una norma reglamentaria de desempleo», REDT, nº 44, 1990.

«España», en B. Cavazos Flores: *Síntesis de Derecho laboral comparado*, México, 1991.

«Directivas comunitarias y normas nacionales», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, nº 1, 1991.

«Sobre la legalidad e ilegalidad de la huelga cuando está vigente el convenio colectivo», en *Presente y perspectivas del Derecho del Trabajo*, UNAM, México, 1991.

«Familia, matrimonio y pensión de viudedad», REDT, nº 46, 1991.

«Sobre los efectos adicionales de la acumulación por discriminación de excedencia forzosa de la mujer por matrimonio», *Boletín Colegio Graduados Sociales Asturias*, nº 4, 1991.

«Tiempo para votar y quién lo haya de pagar», Anales de la RACMP, XLIII, nº 68, 1991.

«Sobre los procesos colectivos y la ejecución de sus sentencias», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991.

«Salarios y mercedes. Indagación mínima sobre un tema de El Quijote», *Homenaje al Profesor García Abellán*, Murcia, 1991.

«Pensión de viudedad. Matrimonio y convivencia more uxorio», *Líber in memoriam Prof. Dr. G.M.J. Vedkanp*, Brabante, 1991.

«Sobre la búsqueda del fundamento para el fallo», *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1991.

«Un tema reciente de conflicto colectivo en España», *Anais do I Congreso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná*, Curitiba, 1991.

«Modalidades de regulación del conflicto colectivo de intereses» (en col. Con A. Montoya Melgar), Rapport Nacional, XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Atenas, 1991.

«Una aproximación social, primera y breve, a *Centessimus Annus»*, en Anales RACMP, XLIII, nº 68, 1992 (reprod. en Acerca de *Centessimus Annus*, Madrid, 1991, y en *Trabajo y Seguridad Social*, buenos Aires, nº 7, 1992.

«Sobre la revocación de los actos de reconocimiento de prestaciones de seguridad social», REDT, nº 51, 1992.

«La primera sentencia de casación para unificación de doctrina» (en col. Con J.L. Tortuero Plaza), REDT, nº 51, 1992.

«La Unión europea y la Política Social», en *España y la Unión Europea*, Barcelona, 1992 (reprod. en Anales de la RACMP, XLIV, nº 69, 1992).

«Las pensiones públicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Los sistemas de seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

«Über Schlichtungsarten und Escheiungformen von Arbeitskampfen», *Revista jurídica hispano-alemana*, diciembre 1992.

«El azúcar dulce, blanca y cara», en Anales de la RACMP, XL, nº 65 (2ª versión en *Libro Homenaje a Juan Velarde Fuertes*, Madrid, 1992).

«A quinientos años del encuentro. Versión española», *VI Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Puebla (México), 1992.

«Kelsen: una biografía y una obra póstuma», Anales RAJYL, nº 22, 1992.

«Un tibio avance en la acción afirmativa en favor de la mujer», *Génesis. Revista do Direito*, Curitiba, nºo, 1992.

«Directivas comunitarias y normas nacionales», *IX jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Málaga, 1990 (public. Sevilla, 1992).

«Sobre la doble garantía ... para la imposición de sanciones administrativas a empresarios en materia laboral», REDT, nº 39, 1989 (reprod. en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al prof. Garrido Falla*, vol. 2, Madrid, 1993).

«De nuevo sobre la revocación de los actos administrativos (ahora sobre los actos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social)», *Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid, 1993.

«Huelga y mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. El estado de la cuestión», REDT, nº 58, 1993.

«A propósito del caducado proyecto de Ley de Huelga», Anales de la RACMP, XLV, n ° 70, 1993.

«Sobre el caducado proyecto de Ley de Huelga», REDT, nº 59, 1993.

«Sobre la regulación de la huelga», *Razón y Fe,* marzo, 1993.

«Sobre alguns problemas actuáis de Direito do Trabalho», *Revista Galega Direito Social,* enero-junio, 1993.

«Vía previa y alzada en la vía previa como presupuestos de la demanda ante la jurisdicción social», REDT, nº 59, 1993.

«Sobre la regulación de la huelga hoy en España», RFDUCM, nº 17, 993 (reprod. en *Análisis Laboral,* XVIII, nº 210, Lima, 1994.

«Promoción y regulación de la creación de oportunidades de empleo» (en col. con A. Montoya Melgar), *XIV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Seul, 1994.

«Releyendo a Galbraith, cuarenta años después., Anales de la RACMP, XLVI, nº 71, 1994.

«Reflexiones jurídica s sobre la reforma de la Seguridad Social», *II jornadas del Cuerpo de Letrados de la Seguridad Social,* Madrid, 1994.

«Lo que da de sí una sentencia», *homenaje a Juan García Abellán,* Murcia, 1994.

«La negociación colectiva y la mejora de las condiciones de trabajo», REDT, nº 63, 1994.

«Sobre la advertencia de recursos y la apreciación de oficio de su falta», REDT, nº 67, 1994.«Las leyes de la reforma del mercado de trabajo», Anales de la RAJYL, nº 24, 1995.

«La sentencia colectiva y su 'ejecución' a través de los procesos individuales en ella basados ...; comentario a la STC 3/1994, de 17 de enero., REDT. Nº 73, 1995.

«La vigencia directa e inmediata de los convenios de la OIT», en OIT: *El tripartismo y las normas internacionales del trabajo,* Ginebra, 1995.

«La reforma laboral española de 1994», *XII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Sta. Cruz de la Sierra (Bolivia), 1995.

«La reforma laboral de 1993-1994. Origen e idea general de su carácter», *Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García,* Madrid, 1995.

«Despido de la mujer embarazada: versión comunitaria», Anales de la RAJYL, nº 25, 1995.

«Una reflexión general y algunas particulares sobre la Ley 3/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, *Derecho y Salud,* IV, nº l.

«El trabajo de la mujer en el Derecho español», Anales de la RACMP, XLVII, nº 72, 1995 (reprod. en Lex, México, nº 10, 1996, y en *jurisprudencia brasileira trabalhista,* Curitiba, nº 46, 1996).

«Ética del trabajo y del ocio» Anuario RACMP, vol. 48, nº 73, 1996.

«Proceso laboral y proceso constitucional de amparo», IX Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Tlaxcala, México, 1996.

«Senados Corporativos y Consejos Económicos y Sociales», en RACMP: *La reforma del Senado,* Madrid, 1996.

«La responsabilidad del empresario cuando se absuelve a los trabajadores», Anales RAJYL, nº 26, 1996.

«Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez,* Madrid, 1996.

«Introducción general al despido y sus causas» *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar,* Madrid, 1996.

«Responsabilidad del hospital por el acto del médico», REDT, nº 79, 1996 (reprod. en XI Congreso Mundial de Derecho Médico, II, Sun City, 1996).

«El recurso de amparo en materia social», en La *Ley Procesal del trabajo. Antecedentes y Comentarios,* Lima, 1996.

«Historia y desarrollo de la Seguridad Social en España», *Revista de la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País,* nº 31, 1996.

«Desarrollo de la Seguridad Social, con especial referencia a España», Ponencia del XII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santa Cruz de la Sierra, III, Bolivia, 1996.

«Poder público y autonomía social en la creación de los Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social», Conferencia Magistral, XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo 2°, Panamá, 1998.

«El consentimiento informado y las consecuencias de su falta o deficiencia», en XIII Congreso Mundial de Derecho Médico, Proceedings, Rapports, Actas, vol. II, Helsinki, 2000.

«Poder público y autonomía social en la creación del Derecho del Trabajo», RMTAS, nº 3, 1997.

«Trabajo y Seguridad Social ante el año 2000», Consejería de Industria, Trabajo y Turismo, Murcia, 1997.

«Hobbes, sobre servidumbre y contrato», Fundación Cánovas del Castillo, 1997.

«En general, sobre las leyes de acompañamiento y en especial sobre la de 1996 para 1997», Fac. Derecho Universidad Coruña, 1997.

«Leyes y reglamentos laborales, costumbres y usos de empresa», en *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, UNAM, México, 1997.

«El despido de un transexual», Anales RACMP, nº 74, 1997.

«Poder público y autonomía social en la creación del Derecho del Trabajo» RMTAS nº 3, 1997, (*Homenaje a Rafael Martínez Emperador*).

«Aspectos de la internacionalización del Derecho del Trabajo», en *Estudios homenaje al Profesor Héctor Hugo Barbagelata*, Montevideo, 1997.

«Hobbes, sobre servidumbre y contrato», en *Homenaje académico a Manuel Fraga Iribarne*, I, Madrid 1997.

«Derecho colectivo del Trabajo en España», en *Estudios homenaje a Orlando Teixeira da Costa*, Sao Paulo, 1997.

«Kant, sobre servidumbres, contrato de trabajo y derecho personal-real», en *Estudios homenaje al Prof. William Thayer*, Santiago de Chile, 1998.

«Temas de casación para unificación de doctrina en decisiones del Tribunal Constitucional», en *Estudios en homenaje al Prof. Dr. Efrén Borrajo Da- cruz*, Valencia, 1999.

«Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad», en Estudios en homenaje al Prof. José Cabrera Bazán, Sevilla, 1999.

«El día que volaron las cometas», en *J. Guasp Delgado. Pensamiento y figura*, Madrid, 2000.

«A origem da Seguridade Social na Leí das Accidentes do Trábalo de 30 de janeiro de 1900», en *Estudios en homenaje a Valentín Carrión*, Synthesis nº 31, 2000.

«El despido de un transexual; a propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996», REDT, nº 87, 1998.

«La disposición adicional quinta», en *Comentarios a la Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, REDA, nº 100, 1998.

«El mercado de trabajo en España y en la Unión Europea», en RACAMP: *Papeles y memorias* de la RACAMP; 2ª ed. ampliada en Anales de la RACMP, vol. 50, nº 75, 1998.

«El trabajo de la mujer», RMTAS, Nº 13, 1998 (traducido al portugués: *O trabalho da mulher no Direito espanhol*, Revista Génesis, Curutiba, 2000).

«Empleo y paro: Europa 2000», Universidad San Pablo CEU, 1998.

«Aproximación jurídica a un tema cervantino», Sesión solemne Fiesta del Libro, 1998.

«Dos cuestiones sobre responsabilidad civil de los hospitales», Anales de la RACAMP, nº 28, 1998 (trad. resumida en portugués, en *Synthesis,* nº 30, 2000).

«Desarrollo de la Seguridad Social con especial referencia a España», Universidad Central de Venezuela, Caracas. 1998.

«Las propuestas de privatización de la Seguridad Social en Iberoamérica. La situación en España» (en col. con J.L. Tortuero Plaza), OISS, Madrid, 1998.

«¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?», REDT, nº 93, 1999.

«El derecho del viejo» en *Anales de la RACMP,* LI, nº 76, 1999; 2ª versión, El envejecimiento de la población española y su desarrollo demográfico» en *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* Madrid, 1999.

«¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?: antes y después de Ámsterdam», RFDUCM, nº 23, 1999.

«Revisión judicial y por contrario imperio de los actos de la Seguridad Social», RAP, nº 150, 1999.

«Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad», en J. Cruz Villalón (coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor fosé cabrera Bazán,* Madrid, 1999.

«El antirromanismo y el hechizo griego de Hegel», Anales de la RAJYL, nº 29, 1999.

«El Estatuto de los Trabajadores 20 años después», Introducción al nº 100 de la REDT, 2000.

«La improcedencia del despido: en torno al art. 56» (en col. con Mª. E. Casas Baamonde), REDT, nº 100, 2000.

«Validez, impugnación, aplicación e interpretación del convenio colectivo: en torno a los arts. 90 y 91» (en col. con Mª. E. Casas Baamonde), REDT, nº 100, 2000.

«El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900», l3 ed., en *Papeles y Memorias de la RACMP,* nº VIII; 2ª edición en *Anales de la RCAMP,* año LII, nº 77, 2000; 3ª edición en *Cuadernos de Información Económica,* nº 159, Caja de Ahorros Confede- radas, 2000; 4ª edición en RMTAS, nº 24, 2000.

«La Seguridad Social: presente, pasado y futuro», en *Cien años de Seguridad Social*, UNED, 2000.

«La Seguridad Social y el derecho a la salud. Aspectos constitucionales», *I Congreso Nacional de Derecho Sanitario,* Madrid, 2000.

«La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 como origen de la Seguridad Social», Cuadernos de Información Económica, nº 159, 2000.

«Simbolismos y marcas de la manumisión y de la esclavitud», Anales de la RAJYL, nº 30, 2000.

«100 años de Seguridad Social», en INSS: *La Seguridad Social, una parte de la historia de España,* Madrid, 2001.

«Sobre la carta de despido, la divulgación de su contenido y el honor del despedido ...; comentario a la STC 282/2000, de 27 de noviembre», REDT, nº 104. 2001.

«Ayer y hoy de las leyes de extranjería y de emigración», Anales RACMP, vol. 53, nº 78, 2001.

«El trabajo como bien escaso», RMTAS, nº 33, 2001.

«El consentimiento informado en medicina y cirugía», Anales de la RAJYL, nº 31, 2001.

«Accidente de trabajo y accidente de tráfico», Anales RACMP, vol. 54, nº 79, 2002.

«La regulación actual de las pensiones de viudedad», Anales de la RAJYL, nº 32, 2002 (reprod. en RFDUCM, nº 25, 2002).

«Sobre la tendencia a l carácter asistencial de la prestación por viudedad», RMTAS, nº 39, 2002.

«La sociedad como materia novelable», Civitas, Madrid, 2002.

«La descentralización de las políticas de la protección social en la Constitución española y en los estatutos de autonomía», Foro de Seguridad Social, núms. 8-9, 2003.

«Las pensiones de viudedad hoy», Tribuna Social, nº 154, 2003.

«Las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: comentario a la STC 103/2002», AL, nº 8, 2003.

«Los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo del Instituto de Reformas Sociales (en especial en cuanto a los privilegios salariales)», RMTAS, nº extraord., 2003.

III. PRÓLOGOS, EPÍLOGOS Y TRADUCCIONES

«Prólogo y traducción» de *Sociología del Trabajo,* de T. Caplow, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

«Prólogo» a *El salario base de cotización para los sistemas de previsión social obligatoria,* de Luis Langa García, INP, Madrid, 1960.

«Prólogo» a *El contrato de trabajo deportivo,* de José Cabrera Bazán, Madrid, 1961.

«Prólogo» a *La conciliación sindical en España,* de Alfredo Torres Orozco, Madrid, 1963.

«Prólogo» a *El poder de dirección del empresario,* del Alfredo Montoya Melgar, Madrid, 1965.

«Estudio Preliminar» al *Derecho Industrial,* de J. L. Gayler, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.

«Prólogo» al libro de José Serrano Carvajal, *La emigración española y su régimen jurídico,* Madrid, 1966.

«Prólogo» al libro de J. Ramón Parada Vázquez *Sindicatos y Asociaciones de funcionarios públicos,* Madrid, 1968.

«Prólogo» a *Cuestiones de Enjuiciamiento en la Seguridad Social,* Madrid, 1969.

«Prólogo» al libro de Bernardo María Cremades *El recurso en interés de la ley,* Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, 1969.

«Prólogo» a M. W. Flinn, *Orígenes de la Revolución Industrial,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.

«Prólogo» a *Cuestiones de enjuiciamiento laboral,* Madrid, 1971.

«Prólogo» al libro de Antonio Ojeda Avilés, *La renuncia de derechos del trabajador; Instituto de Estudios Políticos,* Madrid, 1971.

«Nota introductoria» a *La edad mínima para el contrato de trabajo en los convenios de la OIT ratificados por España,* Ministerio de Trabajo, Madrid, 1972.

«Prólogo» a Fermín Rodríguez-Sañudo, *La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo,* Instituto García Oviedo, Sevilla, 1972.

«Prólogo» a *Cuestiones de enjuiciamiento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social,* Ministerio de Trabajo, Madrid, 1973.

«Prólogo» a *Temas procesales laborales, Ministerio de Trabajo,* Madrid, 1973.

«Prólogo» a J. M. Alvarez de Miranda, *Procesos especiales de la Seguridad Social,* Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1974.

«Prólogo» a M. C. Palomeque López, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975.

«Prólogo» a C. Rodríguez Devesa, *Ley de procedimiento laboral y su jurisprudencia*, Madrid, 1974.

«Prólogo» a María Emilia Casas Baamonde, *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, Madrid, 1975.

«Prólogo» a Leodegario Fernández Marcos, *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, Madrid, 1975.

«Prólogo» a Baltasar Rodríguez Santos, *Comentarios a la Ley de Seguridad Social*, tomo III: Las prestaciones, Valladolid, 1976.

«Prólogo» a Mozart Víctor Russomano, *Principios generales de Derecho Sindical*, traducción E. Alonso García, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

«Epílogo: Sobre las recientes modificaciones en la regulación de la contratación colectiva de condiciones de trabajo en España», A. J. Ruprecht, *Derecho colectivo de trabajo*, Madrid, 1977.

«Prólogo» a Alfonso Vinuesa Aladro, *La clasificación profesional,* Colección Tesis Doctorales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1978.

«Prólogo» a tesis de Jesús M. Galiana Moreno, *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Bosch, Barcelona, 1978.

«Prólogo» a Enrique Hevia-Campomanes Calderón *et. al.*, *Manual de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid, 1978.

«Presentación y Análisis General del Código de Seguridad Social», en *Un nuevo modelo europeo de Seguridad Social*, Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1978.

«Prólogo» a la nueva edición de Jaime Guasp, *La pretensión procesal*, Ed. Cívitas, Madrid, 1981.

«Prólogo» a A. Martínez Sánchez, *Cáncer profesional. Ordenación jurídica de su protección*, Madrid, 1982.

«Prólogo» a A. Pla Rodríguez, *La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario y la seguridad de los trabajadores afectados*, ACARL, Madrid, 1983.

«Prólogo» a R. Martínez Emperador, *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983.

«Prólogo» a *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.

«Prólogo» a Stella Monis Nadal Vignolo, *La empresa transnacional en el marco laboral*, Ediciones cultura Hispánica, Madrid, 1983.

«Prólogo» a *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, I Jornadas de la Facultad de Derecho, Madrid, 1984.

«Prólogo» a J. Serrano Carvajal, *Hacia un Congreso Mundial del Derecho del Trabajo en España*, ACARL, Madrid, 1985.

«Prólogo» a varios autores, *Trabajo y Seguridad Social en la Ley de Presupuestos para 1985*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985.

«Prólogo» a C. Miñambres Puig, *El Centro de Trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*, MTSS, Madrid, 1985.

«Prólogo»·a J. Aparicio Tovar, *La Seguridad Social y la Protección de la Salud*, Madrid, Cívitas, 1989.

«Prólogo» a *Los accidentes de trabajo y las Enfermedades Profesionales*, de Enrique Hevia-Campomanes et al., 2ª ed., Madrid, Colex, 1990.

«Prólogo» a *La Ley de Procedimiento Laboral y su jurisprudencia*, de Carlos Rodríguez Devesa, 5ª ed., Madrid, 1990.

«Prólogo»·a *El contrato de trabajo del deportista profesional*, de J. A. Sagardoy Bengoechea y J. M. Guerrero Ostolaza, Madrid, 1991.

«Prólogo» a *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa*, de E. González Biedma, Madrid, Cívitas, 1992.

«Prólogo» a *Tópicos laborales*, de J. Dávalos, México, 1992.

«Prólogo» a *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, de Ana Mª. de Miguel Lorenzo, Madrid, Cívitas, 1993.

«Introducción» a Leyes de reforma del mercado de trabajo, Madrid, Cívitas, 1994.

«Prólogo» a *El deporte en Gran Bretaña*, de T Masan, traducción y nota preliminar de J. M. Galiana Moreno, Madrid, 1994.

«Prólogo» a *Seguridad Social y Constitución*, de Y. Sánchez-Urán Azaña, Madrid, Cívitas, 1995.

«Prólogo» a *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, de M. G. Rodríguez-Piñero Royo, Madrid, Cívitas, 1995.

«Prólogo» a *Recopilación de trabajos expuestos en Congresos ...*, de J. L. García Bigoles, 1996.

«Prólogo» a La relación de trabajo de los empleados de los Registros, de Iñigo Sagardoy de Simón, Madrid, Cívitas, 1996.

«Prólogo» a *Estudio de las situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, de J. García Pereiro, Pamplona, 1996.

«Prólogo» a *Estructura salarial. Organización productiva y prestación salarial*, de J. López López, Madrid, 1996.

DERECHO COMPARADO

LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS, EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA LABOR JUDICIAL [1]

Por

MARÍA FLORENCIA SUÁREZ [2]
INDES (FHCSyS-UNSE/CONICET)

mflorsua@gmail.com

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: Este artículo propone analizar el despido injustificado teniendo en cuenta la legislación de nuestro país y el marco constitucional vigente sentado por el principio protectorio y el derecho internacional de los derechos humanos. La estrategia metodológica escogida será de tipo analítica, comparativa y de interpretación crítica, tomando como fuentes de análisis a la doctrina y normativa nacional e internacional sobre el tema. Entre los principales resultados y conclusiones se destaca la ineficacia del régimen legal previsto para tutelar a los trabajadores en estos casos, que exige romper con determinadas estructuras conceptuales para el planteo de alternativas que verdaderamente solucionen la cuestión de fondo por vía de un activismo judicial capaz de acompañar y complementar la progresividad en el reconocimiento de los derechos y principios con sus interpretaciones.

PALABRAS CLAVE: Despido arbitrario; principio protectorio; derecho al trabajo; jurisprudencia; activismo juridicial.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Los principios del derecho del trabajo: Fundamento y actualidad del principio protectorio.- III. El proceso de recepción constitucional del derecho al trabajo en Argentina y sus repercusiones.- IV. Función judicial y activismo.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

---

[1] El presente artículo de investigación se inscribe en el marco del proyecto de investigación titulado: “Dinámicas del mercado laboral en Santiago del Estero: perspectivas y debates actuales en torno al trabajo y trabajadores”. Iniciado en el año 2018 y finalizado en 2020 y para cuya ejecución contó con financiamiento con el área de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Santiago del Estero. Código: 23D/209. Grupo Estudios del Trabajo. getunse@gmail.com

[2] Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Docente y becaria doctoral del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET), con lugar de trabajo en el Instituto para el Desarrollo Social (INDES) dependiente de la Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud (FH,CsyS) de la Universidad Nacional de Santiago del Estero (UNSE). Miembro del consejo de redacción de la *Revista Trabajo y Sociedad* y del *Grupo Estudios del Trabajo* (GET). Santiago del Estero, Argentina.

PROTECTION AGAINGST ARBITRARY DISMISSAL FROM THE PERSPECTIVE OF PRINCIPLES, INTERNATIONAL LAW AND JUDICIAL WORK

ABSTRACT: This article proposes to analyze unjstified dismissal takin into account the legislation of our country and the current constitutional framework established by the protective principle and international human rights law. The chosen methodological strategy will be of an analytical, comparative and critical interpretation type, taking as sources of analysis the doctrine and national and international regulations on the subject. Among the main results and conclutions, the inefficiency of the legal regime provided to protect workers in these cases stands out, which requires breaking with certain conceptual structures to propose alternatives tha truly solve the underlying issue through judicial activism capable of accompany and complement the progressivity in the recognition of rights and principles with their interpretations.

KEYWORDS: Arbitrary dismissal; protective principle; right to work; jurisprudence; legal activism.

SUMMARY: I. Introduction.- II. The principles of labour law: Fundantion and actuality of the protective principle.- III. The process of constitutional reception of the right to work in Argentina and its repercussions.- IV. Judicial function and activism.- V. Conclusions.- VI. Bibliography.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo es una disciplina que no se inspira en un propósito de igualdad jurídica como ocurre en el Derecho Civil. Al contrario, responde al objetivo de establecer una tutela preferente a una de las partes: el trabajador, a partir de asumir que es el sujeto más débil de la relación contractual. Con ese fin, el legislador previó la vocación de permanencia del contrato de trabajo.

Asimismo, con la última Reforma Constitucional Argentina en el año 1994, se incorporaron diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, consagrando con idéntica jerarquía constitucional el derecho al trabajo, en tanto derecho humano fundamental que consiste en el derecho de toda persona a trabajar en condiciones dignas, equitativas e iguales y cuyo alcance interpretativo podría extenderse a la posibilidad de no ser despedido sin justa causa.

En efecto, podemos afirmar que el principio protectorio ha buscado proteger al trabajador y que el derecho internacional de los derechos humanos, por otro lado, enmarcó al trabajo y sus derechos en el régimen constitucional vigente trazando un nuevo rumbo interpretativo para la doctrina y jurisprudencia en la materia a partir de ese momento.

Sin embargo, para el caso de despido injustificado de un trabajador, el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT), establece como consecuencia el pago de una indemnización a cargo del empleador. La indemnización allí prevista se encuentra tarifada en función de la antigüedad y la remuneración del trabajador al

momento del despido y limitada a un tope en relación al promedio de remuneraciones previstas en los convenios colectivos aplicables[3]. Esta indemnización no comprende el resarcimiento de otros daños que pueden causarse al trabajador, tanto en su esfera patrimonial como extra patrimonial, sean producidos con motivo del despido o aún en ausencia del mismo. Sólo se limita a reparar la mera pérdida del puesto del trabajo, guardando esto relación negativa con derechos humanos fundamentales, como el derecho al trabajo, y con principios constitucionales e internacionales de protección contra la terminación injustificada del contrato de trabajo, contraponiéndose además con lo dispuesto por los arts. 90 y 10 de la misma ley.

El problema de investigación se circunscribirá, de esta manera, a analizar la regulación actual sobre despido sin causa en nuestro país y las garantías de protección contra el mismo. Se pretende con ello contribuir a una mejor comprensión de este instituto y de sus consecuencias jurídicas patrimoniales y extra patrimoniales**,** realizar un aporte al conocimiento crítico del tema y a la efectiva tutela de los derechos consagrados por nuestra Constitución Nacional, leyes nacionales y tratados internacionales sobre DDHH. Algunas preguntas que orientaron el planteo de nuestro problema de investigación son: ¿La posibilidad de despedir injustificadamente se corresponde con la noción de principio protectorio y el derecho internacional de los derechos humanos? ¿En qué consiste el principio protectorio? ¿A quién protege? ¿Por qué? ¿Cómo lo hace? ¿Qué función cumple la jurisprudencia en torno a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos y la reparación del daño en los casos de despido sin causa? ¿Qué alternativas reparatorias se discuten en la doctrina y jurisprudencia? ¿Es necesario repensar un nuevo esquema de protección contra el despido arbitrario? La estrategia metodológica escogida, será de tipo analítica, comparativa y de interpretación crítica, tomando como principales fuentes de análisis a la normativa, doctrina y jurisprudencia sobre el tema.

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO: FUNDAMENTO Y ACTUALIDAD DEL PRINCIPIO PROTECTORIO

La palabra principio, al igual que la palabra derecho, se caracterizan, entre otras cosas, por su polisemia[4] y carga emotiva. Esto, sin dudas, torna un tanto compleja la tarea de aproximación a una noción jurídica del primero. Por eso, una buena forma de

[3] Art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

[4] Según el Diccionario de la RAE, se refiere a la pluralidad de significados de una expresión lingüística. Recuperado en: http://.rae.es/rae.html

hacerlo probablemente sea recurrir a las definiciones que nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española.

De las más de ocho acepciones que contiene, hay por lo menos dos que pueden resultarnos útiles. Principio es: "Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes" y "Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta"[5]. Ambas definiciones, nos permiten inferir que no solo estaríamos ante un conjunto de ideas o proposiciones que rigen conductas humanas; si no que además estos nos indican cómo comenzar a abordar una determinada ciencia, en este caso: el Derecho del Trabajo.

En un nuevo intento de acercamiento y advertidos de que "no existe una definición clara ni unánimemente aceptada sobre su significado" (Plá Rodríguez, 2015, p. 8), la doctrina y la jurisprudencia han ensayado distintas connotaciones. Dependiendo de los paradigmas *iusfilosóficos* que los motivaban o del momento histórico en que lo hacían; pusieron el acento en cuestiones normativas o axiológicas; pero todos coincidieron en su origen social.

Así, Ackerman (2008) propuso definirlos como: "las directrices que orientan en general la disciplina y son el producto de una valoración social con vocación de permanencia y universalidad" (p.314) Cornaglia (2001), mientras tanto, habla de: "ideales determinados por la conciencia colectiva" (p.4). Pero Plá Rodríguez (2015), optó por entenderlos como: "las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos" (p.34).

En este marco, nos proponemos analizar particularmente el principio protectorio dentro del Derecho del trabajo. Para ello, creímos un buen ejercicio comenzar por indagar ¿a quién se protege?, ¿por qué? y ¿cómo lo hace? Las dos primeras, no parecen preguntas difíciles de responder, habida cuenta de la situación en la que se encuentra el trabajador, incluso antes de formalizar la relación laboral. Con ello nos referimos, a la desigualdad económica que pesa sobre éste y al carácter alimentario que representa la remuneración, a lo cual podríamos agregar "la resignación de libertad- o libertades, que supone el trabajo dependiente" (Ackerman, 2008, p.320).

Esta situación, naturalmente, lo coloca en una posición de inferioridad y debilidad contractual[6], frente a poderes que, desde siempre, goza el empleador y este carece (Goldín, 2014). Es decir, un mayor poder de negociación, antes de formalizar la relación

[5] Ambas definiciones fueron extraídas del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22° edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001.

[6] Llamada hiposuficiencia.

laboral y un poder disciplinario[7], de dirección[8], *ius variandi*[9] y para despedir[10], después. En este marco, se ejerce una enorme coacción sobre el trabajador quien en todo momento teme a perder su puesto de trabajo.

Por eso, el fundamento del principio protectorio se vincula íntimamente con la propia razón de ser del Derecho del Trabajo, porque este vino a cumplir un rol central, diferenciándolo de su histórica vinculación y dependencia del derecho civil y otorgándole una importancia vital para cumplir con su fin social, a saber: tutelar a la parte más débil.

En relación a la tercera pregunta planteada, es decir ¿Cómo protege a los trabajadores el principio protectorio? Ackerman (2008) dirá que: "a partir de reconocer lo anterior, el derecho laboral despliega un conjunto de reglas y diseña medios técnicos para poner límites tanto al ejercicio de la posición de supremacía del empleador como a la entrega de libertades por parte del trabajador" (p.320). Se trata de un conjunto de instrumentos utilizados por el ordenamiento jurídico para garantizar la efectividad y operatividad de este principio; es decir para disminuir los efectos de la desproporción natural en el poder negocial de las partes que intervienen en la relación de trabajo.

A pesar que no existe una enumeración taxativa que goce de unanimidad en la doctrina, se puede decir hay prácticamente consenso en que las reglas de interpretación del principio protectorio, inevitablemente, forman parte de aquel conjunto de medios que buscan proteger al trabajador. Estas, además, de constituir el principal contenido de dicho principio; inciden y se proyectan sobre el sistema de fuentes, modificando, en algunos casos, su tradicional jerarquía. Ellas son: *in dubio pro operario*, condición más beneficiosa y norma más favorable.

Hasta aquí hemos intentado definir los principios y analizar el fundamento y contenido del principio protectorio, pero aún creemos oportuno referirnos a su vigencia, ya que al abordar su actualidad rápidamente encontramos que existen diversos factores que de un tiempo a esta parte inevitablemente están influyendo sobre el trabajo afectando o limitando su eficacia protectoria. El contexto de crisis económica y sanitaria, la globalización y la concentración de la riqueza han generado un ámbito propicio para el surgimiento de nuevas formas de trabajo[11], nuevas formas de organización empresarial y nuevos actores de enorme poder económico y político, pero no de nuevas reglas e instrumentos normativos que los regulen y sobre todo, limiten.

---

[7] Art. 67 LCT.

[8] Art. 65 LCT.

[9] Art. 66 LCT.

[10] Incluso sin la necesidad de expresar causa. Art. 245 LCT.

[11] Como los trabajadores de la economía social y popular, o los trabajadores de plataforma, entre otros.

Asistimos a un nuevo mundo diseñado en torno a un mercado global accesible en cualquier tiempo y desde cualquier lugar, lo cual ha posibilitado el surgimiento de grandes grupos de empresas que, aprovechando este contexto, buscan países con escasa o nula regulación protectoria del trabajo, donde realizar sus inversiones de manera competitiva al menor costo posible y al margen de cualquier obstáculo o interferencia legal que se interponga.

En este orden de ideas, se observa una difuminación de las categorías protegidas[12], con ello nos referimos a la creciente dificultad para identificar los sujetos alcanzados por aquellos medios técnicos desplegados por el derecho del trabajo. “El concepto de dependencia laboral (que es lo que define la pertenencia al conjunto de categorías laborales protegidas) se construyó históricamente como réplica conceptual del modo de desempeño del trabajador industrial típico que prevaleciera a partir de la primera revolución industrial.” (Goldín, 2014, p. 643). Pero vemos que esto paulatinamente está cambiando a medida que se modifican los modos de prestación del trabajo y se apelan a técnicas de organización empresarial como, la externalización o descentralización que sumadas al surgimiento de nuevas formas de trabajo, terminan por configurar un panorama complejo.

Asimismo, la promoción de un marcado individualismo a través de ideas como el “emprendedurismo”, es decir de un trabajador “*sui generis*”, moderno, capaz de organizar su propio trabajo, sin tiempos, sin horarios y sin empleadores; tiende a borrar las subjetividades, dejando al trabajador al margen de cualquier legislación y con posibilidades remotas de organización colectiva en defensa de sus derechos, poniendo en riesgo el principio de solidaridad de clase con el que se ha caracterizado históricamente el sector del trabajo.

Todo lo descripto, sin dudas, ha ido tornando cada vez más complicado determinar el centro de imputación normativa de nuestra disciplina. Aquellas primeras dos preguntas que resultaron tan sencillas de responder cuando planteamos el fundamento del principio protectorio, parecen ahora cobrar relevancia para evidenciar el notable desafío al que se enfrenta el sistema protectorio.

III. EL PROCESO DE RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO EN ARGENTINA Y SUS REPERCUSIONES

La consagración legal del derecho al trabajo en nuestro país fue progresiva. La Constitución Nacional actualmente vigente, se construyó en distintos momentos históricos representados por diferentes reformas constitucionales. El primero fue en el

[12] Algunos lo llaman “Huida del Derecho del Trabajo”

año 1853 con la redacción original del texto de la norma fundamental, en el cual se reconocía inicialmente la libertad de trabajo (Art. 14), entendida como un espacio de libre autodeterminación personal ligada a la abstención del Estado, propio de los postulados liberales de la época.

En este sentido, hubo que esperar más de ciento cuarenta años para la elevación del derecho al trabajo al rango constitucional con el contenido y alcance que hoy lo conocemos. Esto tuvo lugar recién en el año 1994 con su última enmienda, a través de la cual se incorporaron una serie de tratados internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con su misma jerarquía. Esto significó un avance notable por varias razones.

En primer lugar, porque implicó un nuevo relacionamiento del sistema de fuentes del derecho en nuestro país, especialmente entre las normas internacionales y el derecho interno. La inclusión de las normas internacionales a la Constitución, amplió considerablemente el número de derechos laborales y su alcance. De esta manera, el derecho al trabajo quedó situado al mismo nivel que los demás derechos constitucionales y por encima de otras normas que no lo son. Asimismo su contenido aparece, a partir de ese momento, vinculado a la noción de estabilidad laboral, toda vez que a la luz de dichos instrumentos[13], este puede ser entendido como un derecho individual y colectivo que posee todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo, lo cual supone no ser obligado de manera alguna a ejercerlo o efectuarlo y el derecho a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso al empleo, pero además, “el derecho a no ser privado injustamente del mismo”[14]. En el contexto de la evolución constitucional antes relatada, pareciera que aquella primitiva mención a la garantía constitucional de “protección contra el despido arbitrario” que fuera mencionada en el art. 14 bis en el año 1957, se vio agigantada por un derecho al trabajo que extendió su contenido a la posibilidad de no perder el empleo ya obtenido, por lo menos en la letra de la ley. Por otro lado, el Protocolo Adicional señala de manera particular la necesidad de que los estados partes garanticen en sus legislaciones, la estabilidad.

En segundo lugar, porque según el propio art 75 inc. 22, los tratados incorporados regirán en el ámbito interno “en las condiciones de su vigencia” lo cual significa que sus cláusulas deben ser aplicadas por el Juez Nacional en el ámbito interno, tal y como han sido interpretadas por los órganos internacionales encargados del control de su

[13] Particularmente del PIDESC, Observación General N° 18 CDESC y del Protocolo de San Salvador.

[14] CDESC. Observación General N° 18, Op. Cit, párr. 6.

efectividad, no pudiendo otorgarle un alcance diferente. Con ello nos referimos al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[15] en materia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Pacto de San José de Costa Rica y al Comité de Libertad Sindical o Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones referentes a las normas de la Organización Internacional del Trabajo.

Con respecto a esto último, se torna una referencia insoslayable la interpretación que sobre el tema realiza el primero de dichos organismos, ya que a través de la Observación General N° 18; no solo ayudó a determinar el contenido del derecho en cuestión, sino que además impuso una serie de obligaciones en cabeza de los Estados Parte, a los fines de garantizar su realización efectiva. Para ello, estableció criterios de clasificación de las mismas y previó la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional ante eventuales incumplimientos, sin que estos puedan eximirse de ellas invocando la vigencia de normas internas menos favorables.

Pero todo el desarrollo argumental expuesto, se confronta directamente con la vigencia de un sistema de estabilidad relativa impropia, como el nuestro, que avala la eficacia de un acto que lesiona un derecho con rango constitucional, es decir el despido libre indemnizado. Es aquí donde nos preguntamos, entonces: ¿Es posible un derecho al trabajo sin estabilidad? Este interrogante resulta de fácil respuesta desde el plano normativo, si tenemos en cuenta que la estabilidad laboral como manifestación del derecho al trabajo, a partir de su diseño constitucional, implicó tres cosas: En primer término, la pretensión- protegida por el propio texto constitucional- de conseguir una ocupación; en segundo lugar, la garantía de un puesto de trabajo adecuado y, finalmente, a un puesto estable. Esto no es ni más ni menos que la descripción del contenido del Art. 6 PIDESC (1966), cuando dispone que el derecho al trabajo consiste básicamente en tener la posibilidad de acceder a un trabajo libremente escogido y aceptado, a condiciones dignas de labor; pero también a no perderlo injustificadamente. De esta manera, no es posible concebir cada uno de estos componentes por separado. Según la Observación N°18 y el derecho internacional de los derechos humanos, la interpretación debe ser interdependiente, porque la observancia de uno de ellos determina el cumplimiento de los otros y afecta la realización integral del derecho. En definitiva, la inexistencia de uno de los elementos esenciales del derecho al trabajo

[15] Así lo entendió nuestra Corte Nacional en “Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Eficientes S.A s/ Accidente- Ley 9688, Sentencia del 21 de septiembre del 2004, cuando en el considerando 8°, el tribunal no dudó en poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Dicha actividad es demostrativa de la gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador.

conlleva una violación del mismo, pues estos recogen las garantías indispensables para su satisfacción plena como derecho humano fundamental. Esto se suma a una necesaria, la interdependencia o diálogo de las fuentes, por la cual se postula que el conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforma un sistema que debe ser, en la medida de lo posible, manejado también en su conjunto. Así lo entendió la Comisión[16] encargada de reformar nuestro Código Civil en el año 2012. En tal sentido es válido, pertinente y a menudo necesario, integrar disposiciones de una y otra fuente para armonizar con los demás criterios interpretativos, proceder a la configuración del derecho y garantizar su aplicabilidad. De ahí que la noción de estabilidad se encuentre inescindiblemente vinculada a la de trabajo, como resulta de la lectura integral de los tratados internacionales incorporados a nuestra CN y las demás fuentes del derecho.

IV. FUNCIÓN JUDICIAL Y ACTIVISMO

¿Qué hacen los jueces? ¿Cuál es su función dentro del proceso laboral? ¿Por qué es importante la labor judicial? Son algunas preguntas que actuaron como disparadores de este primer apartado. En líneas generales podemos decir que, a diferencia del legislador, la tarea de jueces y tribunales consiste en solucionar conflictos de intereses, aplicando la norma creada por el primero en el caso concreto que se presente para su decisión.

Kelsen afirmaba que el Derecho vigente es la norma y la interpretación que realizan los jueces de ella en un momento determinado. De ahí, el rol fundamental que esta ocupa dentro de un sistema jurídico y en el marco de la evolución del régimen constitucional. Como bien destaca Vanossi, en la etapa anterior a la inclusión constitucional de las cláusulas económicas y sociales, la validez de la legislación obrera descansó en el criterio interpretativo de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ackerman, 2005, p.478).

Sin embargo, la jurisprudencia[17] ha visto cuestionada su función normativa y hasta su integración como fuente formal de derecho por la ausencia de obligatoriedad y la particularidad de sus enunciados. En este sentido, no todas las normas jurídicamente relevantes tienen origen en textos sancionados por órganos legislativos; si no que muchas de ellas nacen de las costumbres sociales y la propia actividad jurídica. De hecho, las normas de origen judicial, no sólo constituyen el núcleo más importante de algunos sistemas jurídicos, como el Common Law, vigente en EEUU o Inglaterra, sino

[16] La cual estuviera presidida por Ricardo Luis Lorenzetti e integrada por Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmayer de Carlucci.

[17] Esta consiste en aquel “conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Juridicial sobre una materia determinada dando solución a un caso” (Ackerman, 2005, p.565).

que hasta en los sistemas de tipo continental europeo como el nuestro, tienen una vigencia no desdeñable para la solución de casos. Podría decirse que la distinción entre ambos sistemas se limita a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a la legislación o normas jurisprudenciales. (Nino, 2003, p.293).

Por consiguiente, aunque las normas generales que dicta el legislador son indispensables para la existencia del derecho, su importancia real, se limitaría a suministrar la materia prima con la que trabaja el intérprete. Navarro (2005) ha denominado, tesis de la inevitabilidad, a aquella teoría por la cual las normas no se aplican solas, sino que siempre es necesaria una decisión interpretativa que resuelva su aplicabilidad.

Al preguntarnos por el rol de los jueces en el marco del proceso, lo primero que surge casi de manera espontánea, es que este debe ser neutral, imparcial. Pero ¿qué sucede entonces con la desigualdad material que existe en las relaciones de trabajo? Aquella que a partir del principio protectorio y, a diferencia del derecho civil, debe ser corregida desde lo normativo y sustancial, pero también desde lo procesal, ya que una de las partes no sólo detenta poder jurídico y económico sino, además, el poder de la información, documentación y disponibilidad de medios. En efecto, no existirían razones para limitar el alcance de la garantía de protección al trabajo en sus diversas formas, conforme el art. 14 bis de la Constitución Nacional Argentina.

En el ámbito normativo, a partir de reconocer aquella natural disparidad, el Derecho del Trabajo ha desplegado un conjunto de reglas y diseñado una serie de medios técnicos para poner límites tanto al ejercicio de la posición de supremacía del empleador como a la entrega de libertades por parte del trabajador. Pero esos principios y reglas de fondo, necesariamente deben ir acompañados y garantizados por normas procesales las cuales, según Arese (2012), son las que judicialmente “justificarían el abandono de la neutralidad entendida como asepsia de valores, en pos de la necesidad de que la igualdad de las partes en el proceso no sea solamente formal, sino real y efectiva” (p.1).

Hasta aquí podemos inferir, sin mayores complicaciones, que existe una relación inescindible entre la labor judicial y legislativa y entre el derecho y las circunstancias sociales y económicas. La interpretación judicial consiste, en alguna medida, en diseñar la forma y el contenido de los derechos e instituciones consagrados por el legislador, permitiendo que las normas que ellos dictan, se adapten a la dinámica social y dando respuesta a los conflictos que toda sociedad desarrolla en su evolución. En otras palabras, los cambios producidos en ésta se reflejarán, más tarde o más temprano, en el ordenamiento jurídico y luego judicial.

Las reglas jurisprudenciales sirven para especificar y aclarar la interpretación de los textos legales y la elección de una u otra, tendrá posibles consecuencias relevantes.

Pues “la necesidad de resolver casos particulares hace que la magistratura advierta, con más facilidad que los legisladores, efectos sociales inconvenientes de una disposición legal, razón por la cual procede a realizar una interpretación correctiva de aquella para impedir tales consecuencias” (Nino, 2003, P.302), revelando anomalías en la tarea legislativa y proponiendo criterios o doctrina para superarlas.

El problema se plantea, sin embargo, ante la posibilidad de discreción judicial, que podría definirse como aquella libertad del aplicador para elegir entre distintas opciones a la hora de resolver una controversia, que por tratarse de una cuestión de voluntad y de preferencias, más que de la aplicación de normas (es decir que de conocimiento y subsunción), se aproxima a la creación de normas. Esto es común ante los llamados casos difíciles[18], que son aquellos cuya solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla fuera del marco legal pre establecido y como respuesta a una práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa en materia judicial. Un buen ejemplo de ello podrían ser las lagunas normativas[19], los conflictos de normas o el propio ejercicio del control de constitucionalidad.

Entonces, la doctrina se divide en dos posiciones en torno al tema: el garantismo o juez- legislador, y su opuesta, el activismo judicial. Ambas discrepan sobre aquello que constituye derecho, la competencia jurisdiccional y sobre cuál es su responsabilidad frente a estos casos**.** La primera, “prioriza -en forma prácticamente absoluta- a un juez que se empeñe en respetar principalmente el derecho de defensa de todos los interesados, resguardando, asimismo, la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional” (Alvarado Velloso, 2009, como se cita en Glinka, Romero, 2017, p. 71). Para ellos, el derecho es un conjunto de reglas, entendidas simplemente como correlaciones entre casos genéricos y soluciones que deben ser aplicadas.

Autores como Atria (2005) o Navarro (2011), encuadrados dentro de esta postura, se opondrán a la posibilidad de discreción y creación de derecho, por entender que no existen lagunas ni casos difíciles y que la acción judicial se encuentra perfectamente limitada por las normas generales. En consecuencia no resulta admisible la posibilidad judicial de generar condiciones, situaciones, reglas o establecer exigencias no contempladas expresamente en una ley (legislador positivo), como tampoco de anular

[18] Hart (1963) se refirió a estos casos más complejos cuando “hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas” (p. 158).

[19] Con ellas nos referimos a aquellos supuestos en que el sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa.

normas, retirando del ordenamiento jurídico una determinada disposición o precepto por infracción a la Ley Fundamental (legislador negativo) o incluso, no aplicar una norma por vía de la excepción, es decir cuando frente a un caso particular deciden no aplicarla por considerarla inconstitucional.

Entonces el garantismo hace hincapié en el peligro que representaría un juez-legislador que termine por convertirse en un actor subsidiario de los demás poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales, tomando decisiones que remplacen o subroguen la labor de las ramas ejecutiva o legislativa del poder público. Esto implicaría una injerencia en la esfera competencial de otros poderes, a través de decisiones judiciales que no se realizan con apego a las normas y ponen en riesgo el propio sistema democrático al desdibujar o saltar los límites de la división de poderes.

La segunda posición, por su parte, "se preocupa ante todo por la justa resolución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo (…). Esta característica explica que convalide la creatividad pretoriana razonable de los jueces que en tantas oportunidades se han anticipado al qué hacer legislativo, habitualmente moroso" (Peyrano, 2011, como se cita en Glinka, Romero, 2017, p.71). Por lo tanto, estaríamos no solo ante un conjunto de reglas a ser aplicadas, sino también de principios, en cuyas normas puede distinguirse un aspecto directivo y otro justificativo[20] .El derecho se convierte, entonces, en un sistema (conjunto de normas), pero también en una práctica.

Entonces Alchourron y Bulygin (1974) dirán para los mismos casos que, si el sistema jurídico no dice nada respecto de la conducta del demandado, el juez no tiene ninguna obligación específica, pudiendo decidir de una u otra manera (aceptando o rechazando la demanda), con el único límite que, para justificar su decisión, tengan que apoyarse en una norma general creada por ellos que actúe como premisa mayor en la cual subsumir el correspondiente caso. Tal como se puede advertir, el activismo judicial, no se opone a la creación de derecho y se enmarca en un fenómeno más amplio que responde a la vigencia actual de los principios y valores que emanan de la CN y Estado Social Constitucional de Derecho, el cual exige ajustar el funcionamiento de los distintos poderes del Estado a su axiología. Por lo tanto, -lejos de constituirse meramente como una teoría procesal entre las variadas que se pueden pensar- se inserta en las exigencias constitucionales y convencionales modernas, las cuales se deben vincular, a su vez, con las normas codificadas y demás fuentes del derecho.

[20] Aquí no importa únicamente lo establecido como obligatorio, prohibido o permitido, sino también las razones subyacentes para ello.

Por todo lo expuesto podemos afirmar que el poder judicial posee una responsabilidad histórica con el respeto de la Constitución; pero también con los procesos históricos de transformación social. Esto va en el mismo sentido que la evolución constitucional descripta anteriormente y la modificación al sistema de fuentes producida por la última reforma en 1994. La progresividad en el reconocimiento de determinados derechos -como el derecho al trabajo y principios, necesitan del complemento que representa un activismo judicial en la interpretación que de ellos se realice. Activismo, que supone a su vez no eludir la aplicación del principio protectorio laboral y procesal, el cual viene a romper con la mentada igualdad jurídica entre las partes, propia del derecho civil y que ofrece a los jueces, la posibilidad de abandonar aquella "asepsia", entendida como neutralidad de valores que requiere el proceso judicial.

V. CONCLUSIONES

A pesar de los importantes cambios producidos en relación a la función del principio protectorio o el proceso de constitucionalización del derecho al trabajo en nuestro país; no es menos cierto que esta no ha conseguido actuar como límite efectivo para frenar por sí sola los despidos arbitrarios y que actualmente asistimos a un escenario cada vez más adverso a los trabajadores y trabajadoras**.** Desde el punto de vista jurídico normativo, aquel conjunto medios técnicos o limitaciones laborales objetivas[21] dispuestas por el legislador para limitar el ejercicio de la posición de supremacía del empleador y a la entrega de libertades por parte del dependiente; se muestra cada vez más insuficiente, al no lograr impedir la ruptura arbitraria del principio de continuidad del contrato de trabajo con la sola voluntad del empleador.

Todo lo expuesto, revela la necesidad de promover una transformación profunda en torno a la regulación del despido. La ineficacia del régimen legal previsto para tutelar a los trabajadores en estos casos, exige romper con determinadas estructuras conceptuales que vienen producidas desde hace años. En este contexto, el poder judicial posee una responsabilidad histórica con el respeto de la Constitución; pero también con los procesos históricos de transformación social. Esto va en el mismo sentido que la evolución constitucional descripta anteriormente y la modificación al sistema de fuentes producida por la última reforma en 1994. La progresividad en el reconocimiento de determinados derechos -como el derecho al trabajo y principios-, necesitan del complemento que representa un activismo judicial en la interpretación que de ellos se

[21] Así las llama Plá Rodríguez (2015) refiriéndose al conjunto de medios que si bien no niegan el derecho a despedir; lo dificultan económicamente, lo sancionan, o simplemente lo hacen más oneroso.

realice. Activismo, que supone a su vez no eludir la aplicación del principio protectorio laboral y procesal, el cual viene a romper con la mentada igualdad jurídica entre las partes, propia del derecho civil y que ofrece a los jueces, la posibilidad de abandonar aquella "asepsia", entendida como neutralidad de valores que requiere el proceso judicial.

En este marco, nada obstaría en plantear la consagración de un sistema de estabilidad que otorgue al trabajador por vía judicial, el derecho a reclamar la nulidad del despido, la readmisión en al puesto de trabajo y la reparación integral de los daños[22] mediante la aplicación de los tratados internacionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario (2008). *Tratado de derecho del Trabajo*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.

ALCHOURRON**,** Carlos y BULYGIN, Eugenio (1974). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea.

ARESE, César (2012). *Presente y futuro del derecho del trabajo. Los principios del derecho del trabajo.* Trabajo presentado en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago de Chile 25 al 28 de septiembre.

ATRIA, F. y otros (2005). Lagunas en el Derecho. *Una controversia sobre el derecho y la función judicial.* Madrid: Marcial Pons.

CORNAGLIA, Ricardo (2001). Reforma laboral. *Análisis crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis.* Buenos Aires: Editorial La Ley.

GLINKA, Fernando y ROMERO, Esteban (2017). El juez y su rol en el proceso. *Revista de Interés Público*, (N°1), pp. 59-66.

GOLDÍN, Adrián (2014). *El derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias*. Buenos Aires: Ediar.

NAVARRO, Pablo (2005). A cerca de la inevitabilidad de la interpretación". *En Isomía. Revista de teoría y filosofía del derecho,* (N°22), pp. 99-122.

NAVARRO, Pablo (2011). Normas permisivas y clausuras en los sistemas normativos. *En Isomía. Revista de teoría y filosofía del derecho,* (N°34), pp. 109-139.

NINO, Carlos Santiago (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (2015). *Los principios del derecho del trabajo*. 4ª edición. Uruguay: Editorial De Palma.

[22] Así lo expresó la Sala V de la CNAT en el fallo "Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. s/ juicio sumarísimo". Sentencia del 31 de mayo de 2005.

¿ES POSIBLE LA CONTRATACION TEMPORAL DEL TRABAJADOR CON FUNDAMENTO EN UNA CONTRATA? RESPUESTAS DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Por

JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (h)
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Buenos Aires

jconfalonieri@derecho.uba.ar

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: El ordenamiento argentino, no habilita expresamente la contratación temporal del trabajador por el contratista como lo hace, por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores de España (artículo 15.2, quinto párrafo), a partir de la reforma laboral del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Tampoco la veda. El aporte regulatorio, lo hizo la negociación colectiva al autorizar la vía contractual de excepción. Por el lado de la jurisprudencia, no hay total certeza, pues, si bien descartó, en cada caso, que la contratación temporal del trabajador por la empresa contratista fuera justificada, no contribuyó demasiado debido a que algunas sentencias se han decantado por otorgarle a la relación carácter permanente discontinuo, sin respaldo legal.

PALABRAS CLAVE. Contratación temporal o permanente discontinua del trabajador; contrata y subcontrata.

SUMARIO: I Introducción.- II. La contratación temporal y la regla de causalidad.- III. La contratación temporal del trabajador con fundamento en una contrata en la jurisprudencia.- IV. Mi parecer sobre el contrato de trabajo temporal con fundamento en una contrata.- V. Mi parecer sobre la aplicación del art. 29 de la Ley de Contrato de Trabajo, en caso de contrata o subcontrata.- VI. Mi parecer sobre el contrato de trabajo permanente discontinuo basado en una contrata.- VII. Mi parecer sobre la competencia del convenio colectivo para atribuirle carácter temporal al contrato de trabajo vinculado a una contrata.- VIII. Conclusiones.

IS IT POSSIBLE TO HIRE TEMPORARY EMPLOYEES BASED ON A CONTRACT FOR THE PROVISION OF SERVICES? ANSWERS OF THE ARGENTINE JURISPRUDENCE

ABSTRACT: The Argentine legal system does not expressly enable the temporary hiring of employee associated with the contract for the provision of services, as does, for example, the Spanish Employees' Statute (article 15.2, fifth paragraph), based on the labour reform of the RDL 32/2021, of December 28. Neither does the veto. The regulatory contribution was made by collective bargaining by authorizing the contractual exception route. On the jurisprudential side, there is not total certainty, because although it ruled out, in each case, that the temporary hiring of the employee associated with the contract for the provision of services was justified, it did not

contribute much due to the fact that the some sentences have opted for granting the discontinuous permanent relationship, without legal support.

KEYWORDS: Temporal employment agreement; discontinuous permanent employment agreement; Intercompany contract for the provision of services.

SUMMARY: I. Introduction.- II. Temporary hiring and the causality rule.- III. The temporary hiring of the employee associated with the contract for the provision of services in the jurisprudence.- IV. My opinion on the temporary employment contract associated with a contract for the provision of services. - V. My opinion on the application of the art. 29 of the Law Employment Contract, in case of provision of services.- VI. My opinion on the discontinuous permanent employment based on a contract for provision of services.- VII. My opinion on the competence of the collective agreement to attribute a temporary nature to the employment contract in the event of provision of services.- VIII. Conclusions.

I. INTRODUCCIÓN

A propósito de una muy relevante sentencia dictada por el Tribunal Supremo de España (la STS 4383/2020, de 29 de diciembre de 2020)[1], y de la reforma laboral llevada a cabo en dicho país mediante el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, se publicó un artículo en el cual formulé la misma pregunta inserta en el título de este trabajo[2], y en el cual señalé que, en nuestro medio, el tema presentaba las siguientes cuatro características: primera, el ordenamiento argentino no cuenta con una respuesta concreta al interrogante planteado; segunda, algunos convenios colectivos, han contemplado la posibilidad de que el contratista incorpore trabajadores temporales vinculados a una contrata; tercera: la jurisprudencia, si bien, por regla, no planteó la cuestión en términos generales (como sí lo hizo el Tribunal Supremo español en la sentencia indicada precedentemente), ha descartado, en cada caso, que la contratación temporal del trabajador por la empresa contratista fuera justificada por la contrata; cuarta: la doctrina, no le ha prestado al tema la atención que merece. Retomo esas conclusiones.

Argentina, no cuenta con estadísticas actualizadas referidas a la contratación temporal. Por ende, no sabemos qué porcentaje de trabajadores ocupados son temporales; vale decir, desconocemos cuántos (trabajadores) son de plazo fijo, eventuales propiamente dichos, interinos (por sustitución o vacancia), o por obra o servicio determinado[3]. Carencia, que no debería permanecer si se pretendiera tener una noción acabada sobre el caudal alcanzado por el andarivel de excepción previsto en el

[1] ECLI:ES:TS:2020:4383.

[2] *"¿Es posible la contratación temporal del trabajador con fundamento en un contrato de prestación de servicios entre el comitente y el contratista? A propósito del cambio de doctrina del Tribunal Supremo Español y de la reforma laboral implementada (en España) por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre"*, puede consultarse en La Ley, 31-08-2022, TR LALEY AR/DOC/2561/2022.

[3] Al momento de concluir este trabajo, el Boletín de Estadísticas Laborales (BEL) del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, no contaba con un ítem destinado a aportar cifras detalladas sobre la contratación temporal.

art. 90 LCT (asumiendo, de antemano, que no todas las contrataciones de aquel tipo cumplirán los requisitos previstos en sus incisos a y b). Lógicamente, ello también implicaría conocer si la práctica se condice con la preferencia legal por el contrato por tiempo indeterminado (art. 90 LCT, primer párrafo).

El tema que nos convoca, pese a que tiene tratamiento en algunos convenios colectivos[4], no cuenta con suficientes aportes de la doctrina.[5] A ello, hay que añadirle que la jurisprudencia no contribuyó demasiado; algunas sentencias, como veremos, carecen de respaldo legal específico.

Ante una respuesta afirmativa, es obvio que asistiríamos a un modelo caracterizado no sólo por otorgarle menos espacio a la contratación por tiempo indeterminado y, con ello, la posibilidad de justificar la finalización del contrato de trabajo por la extinción del contrato (civil o comercial) entre las empresas contratista y comitente, sino, por esto último, a una realidad orientada a incentivar la descentralización de la producción de bienes y servicios mediante el recurso a la contratación y subcontratación[6]. Un aliciente, para quienes reclaman una imperiosa reforma de la legislación *"obsoleta"* a la que le atribuyen haber contribuido y contribuir *"a nuestra decadencia"*, y un aporte para comenzar a transitar el camino de la incentivación *"para emplear en blanco"* y *"evitar el conflicto laboral, la industria del juicio y la quiebra contingente cuando hay que indemnizar personal que se despide"*[7]. De esa forma, lo que no podría concretarse a través de la contratación directa entre el trabajador y el empleador, ni por intermedio de una empresa de servicios eventuales, contaría con una senda habilitada para transitar el quiebre a la preferencia legislativa plasmada en el art. 90 de la LCT: la descentralización de bienes y servicios por contratación y subcontratación.

En cambio, la respuesta contraria sería vista por algunos, muy posiblemente, como una muestra más de *"nuestra decadencia"*[8].

---

[4] Vg., CCT 779/20 (art. 15); CCT 758/19 (art. 24.1); CCT 389/04 (art. 7.3); CCT 397/04 (art. 13.2).

[5] Sobre el particular: VÁZQUEZ VIALARD, A.; *"El ejercicio del ius variandi respecto de determinadas actividades"*, L.L. 1997-E-825, nota a la sentencia dictada por la CNAT, Sala VI, en *"Flores de Saracho, Rosa c/ Tecni Limp S.A. y otro"*, SD del 26 de marzo de 1997; POSE, C., *"La contratación por tiempo determinado en el ámbito de las empresas de limpieza"*, D.T.1998-B-1466; ZURETTI (h), M.E., *"La contratación temporal de trabajadores por el contratista y/o subcontratista frente al principio de indeterminación del lazo del contrato de trabajo (art. 90 LCT)"*, en Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva, pág. 667, La Ley, 2010; CONFALONIERI (h), J.A., *"Contrato de trabajo eventual"*, pág. 183, Astrea, 2002, y *"Descentralización y deslocalización de la producción"*, en Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva, pág. 316, La Ley, 2010.

[6] Respuesta afirmativa que, seguramente, daría lugar al planteo de otros problemas. Para detalle de los mismos, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.; *"La problemática extinción de los contratos de obre o servicio por alteraciones de la contrata"*, en Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2018, pág. 2).

[7] Plataforma electoral de Avanza Libertad, págs. 8 y 9; https://avanzalibertad.com

[8] Terminología de la Plataforma electoral de Avanza Libertad, cit.

Nunca me convenció la idea de atribuirle al derecho del trabajo un protagonismo tan relevante ni, menos aún, una corresponsabilidad asociada a *"nuestra decadencia"*. Tan simplista es ese punto de vista, como la respuesta que, para contrarrestarlo, apelara, por ejemplo, a la gran crisis que enfrentó el país en 1890 (que derivó en la renuncia del presidente Juárez Celman), por tratarse de un tramo de nuestra historia anterior al inicio del proceso de intervención estatal (científica y legislativa) en materia de trabajo por cuenta ajena[9]. Por entonces, y durante varios años, el modelo se caracterizó por la existencia de relaciones laborales flexibles, de corta duración, inestables, con mano de obra prevalentemente poco calificada, y movilidades geográfica y funcional a criterio del empleador[10], vale decir, lo que, para algunos, sería un remedio apropiado para ir dejando atrás *"nuestra decadencia"*.

Desde mi punto de vista, *"nuestra decadencia"* se nutre, entre otros males -muy graves-, de una alarmante sordera provocada por estridentes voces que, de modo recurrente, descalifican no sólo las ideas que provienen de quienes piensan distinto, sino a las mismas personas que las exponen. Por ese motivo, la inclusión de las conclusiones entrecomilladas en el párrafo anterior, que tomo como una invitación a debatir interdisciplinaria y seriamente el contenido de una reforma a la legislación laboral[11]. La única vía para terminar, de una vez por todas, con esa hipoacusia propia de los necios que encuentran soluciones -exclusivamente- en sus conclusiones apodícticas.

[9] El intervencionismo científico del estado, se percibe con nitidez en la segunda presidencia de Roca, a partir del decreto de 30 de abril de 1904 mediante el cual se designó a Juan Bialet Massé para que elaborara un informe sobre el estado de las clases obreras en el interior del país, *"necesario para el mejor criterio y más amplia información del Poder Ejecutivo y del Honorable Congreso, respecto a la legislación que más conviene al país…"* (su texto completo, en BIALET MASSÉ, J., *"Informe sobre el estado de la clase obrera"*, volumen I, págs. 11 y 12, Biblioteca Argentina de Historia y Política, Hyspamérica, Buenos Aires, 1986). En ese mismo año, se registraron dos muestras importantes del proceso de intervención normativa del estado, producto de la primera huelga general de 1902: el decreto sobre mediación y arbitraje, de 20 de octubre; y el primer Proyecto de Código del Trabajo (una explicación clara y sintética sobre el particular, SURIANO, J., *"La oposición anarquista a la intervención estatal en las relaciones laborales"*, La Cuestión Social en Argentina, pág. 97, Editorial La Colmena, Buenos Aires, 2000).

[10] ADAMOVSKY, E., *"Historia de las clases populares en la Argentina. Desde 1880 hasta 2003"*, págs. 53 y 54, Sudamericana, segunda edición, Buenos Aires, mayo de 2012. SURIANO, J., *"Introducción: una aproximación a la definición de la cuestión social en Argentina"*, La Cuestión Social en Argentina, pág. 20, Editorial La Colmena, Buenos Aires, 2000.

[11] Un contenido orientado por *"soluciones jurídicas y las formas de justicia que se avienen con todas las situaciones y conflictos entre los hombres y las clases"*, sin descartar *"las ideas sociales que sustentan las clases operarias"*, a menos que se pruebe que *"constituyen un atraso o un delito o una causa de perturbación del orden político"*, pues *"no se puede arrancar de su espíritu ni de su letra una sentencia por la cual fuera permitido excluir del seno de la masa nacional estos ideales, conservados en leyes y tratados internacionales de las más cultas naciones europeas…"* (GONZÁLEZ, J.V. *"El juicio del siglo"* obra escrita con motivo del primer centenario de la revolución de mayo de 1810, pág. 151, Centro Editor de América Latina, 1979).

II. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y LA REGLA DE CAUSALIDAD

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT), incorporó la obligación de sujetar la contratación temporal del trabajador a la existencia de un motivo o causa justificante (art. 90, inciso b, y art. 99). Su incumplimiento, reconducía a la vigencia plena del contrato por tiempo indeterminado (art. 90, primer párrafo). Esta conclusión, no tuvo fisuras en la jurisprudencia, ni tampoco en la doctrina[12]. A partir de entonces, la contratación temporal acausal fue una expresión del fraude de ley (art. 14).

La regla de causalidad, fue relativizada varios años después mediante el *"contrato por tiempo determinado como medida de fomento del empleo"* (arts. 43 a 46 de la ley 24.013) y, más luego, a través de la *"modalidad especial de fomento de empleo"* (art. 3 de la ley 24.465). Así, la contratación temporal estructural (causal) inició un período de coexistencia con la contratación temporal coyuntural (acausal) que se extendió hasta que comenzó a regir la ley 25.013 (derogatoria de los contratos temporales inmotivados).

En la actualidad, respecto de las contrataciones directas (empleador - trabajador), la regla antedicha se presenta con la misma intensidad inicial. Y sólo es posible dejarla a un lado, en estos casos: a) *"la satisfacción de resultados concretos…en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento"* (art. 99 LCT); b) *"cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador"* (art. 99 LCT); c) para *"sustituir transitoriamente trabajadores permanentes de la empresa que gozaran de licencias legales o convencionales"* (art. 69 de la ley 24.013); d) para *"atender exigencias extraordinarias del mercado"* (art. 72 de la ley 24.013).

La contratación del trabajador, a través de una empresa dedicada a la prestación de servicios eventuales (art. 6 del decreto 1694/06, de 22 de noviembre), también queda sometida a la regla de causalidad. No obstante, ninguna de ambas regulaciones cuenta con una norma que, de modo puntual, contemple la situación planteada en el título. En otras palabras, el ordenamiento legal no habilita ni veda, expresamente, la contratación temporal del trabajador por el contratista como lo hace, por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores de España (art. 15.2, quinto párrafo), a partir de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre.

[12] VÁZQUEZ VIALARD, A., *"El tiempo en el contrato de trabajo"*, TYSS 1978-450; FERNÁNDEZ MADRID, J.C., *"Tratado Práctico de Derecho del Trabajo"*, T.I, pág. 767; ALTAMIRA GIGENA, R.E., *"Modalidades de contratos en la nueva ley de contrato de trabajo"*, L.T. XXIII, pág. 212; FERNÁNDEZ GIANOTTI, E., L.T. XXX, pág. 967; DE LA FUENTE, H., en *"Tratado de Derecho del Trabajo"* (dir. Antonio Vázquez Vialard), T.III, pág. 539.

III. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DEL TRABAJADOR CON FUNDAMENTO EN UNA CONTRATA EN LA JURISPRUDENCIA

Así como no son numerosas las publicaciones de la doctrina sobre la contratación temporal asociada a la existencia de un vínculo contractual entre el comitente y el contratista, tampoco abundan las sentencias de los tribunales. Interesa la cita del precedente *"Bensoni, Jorge L. y otros c/ Limpiolux S.A. y otro"*, porque es de los pocos que han planteado la cuestión en términos generales. Si bien es cierto que el *thema decidendum* se circunscribió a los lindes del *ius variandi,* el tribunal, mediante un *obiter dictum,* descartó que cualquier empresa contratista pudiera justificar la contratación temporal de un trabajador en razón de la existencia de un contrato de servicios con la empresa comitente, en estos términos: *"…La consecuencia inevitable de adoptar una perspectiva rígida sería entender la contratación del trabajador limitada temporalmente al tiempo de subsistencia del contrato entre su empleador y un tercero, lo que excluiría la regla del art. 90 de la LCT, y convertiría a todas las relaciones de trabajo de la actividad en examen, en contratos a plazo cierto o eventuales, con la consiguiente desprotección de los dependientes…"*[13].

Los pronunciamientos de los magistrados acerca de la licitud de la contratación temporal, se concentran, en su gran mayoría, en la contratación directa (empleador - trabajador) y en la contratación triangular o indirecta que sitúa en uno de los vértices a las empresas de servicios eventuales (ESE) y, en los dos restantes, al trabajador y al destinatario de sus servicios. Incluso, hay registros en los que la relación triangular cede paso a una figura de cuatro vértices ocupados por la ESE, la contratista, la comitente y un trabajador suministrado por la primera a la segunda a fin de prestarle servicios a la tercera[14].

En el segundo supuesto aludido precedentemente, las normas de aplicación establecen que la relación entre la ESE y el trabajador destinado a prestarle servicios a un tercero es de carácter permanente discontinuo (art. 29 LCT y art. 4, párrafo segundo, del decreto 1694/2006). No contempla, de modo expreso, la posibilidad de que exista -en ese supuesto- una relación laboral de carácter temporal (eventual), como sí lo hace, por vía de excepción, respecto de las personas que presten servicios en sus establecimientos, a quienes considera, por regla general, trabajadores permanentes continuos (art. 4, párrafo primero, del decreto 1694/2006).

Los repertorios de jurisprudencia, dan cuenta de un gran número de sentencias que han considerado a la empresa de servicios eventuales como intermediaria en la

[13] SD de 08 de agosto de 2004 (D.T.2005-A-69), Sala VIII de la CNAT.
[14] CNAT, Sala VIII, *"Acosta c/ Gestión Laboral S.A. y otros"*, SD de 18 de julio de 2014, MJ-JU-M-87945-AR.

contratación del trabajador en los términos del art. 29, primer y segundo párrafo de la LCT y, por ende, la existencia de una relación laboral directa y por tiempo indeterminado con el receptor de sus servicios, en razón de no haberse demostrado que las necesidades de este último eran extraordinarias o transitorias[15].

Cuando la contratación del trabajador por la ESE se ajusta a las previsiones legales, es irrelevante, a los efectos de la pervivencia de la relación laboral, el cese de la relación con el beneficiario de sus servicios, o que, sin haber ocurrido lo anterior, se le haga saber al trabajador que dejará de prestarle servicios al primero. En otros términos, no está contemplado que la relación laboral entre la ESE y el trabajador incorporado para ser cedido a un tercero pueda concretarse por medio de un contrato de trabajo temporal asociado al tiempo que dure la relación comercial entre la ESE y el beneficiario de las tareas cumplidas por el trabajador. De todas formas, entiendo que hay espacio para plantear la posibilidad de recurrir a esa tipología contractual cuando concurrieran *"circunstancias excepcionales"* a raíz del servicio solicitado. No se trataría, pues, de un servicio de requerimiento habitual, para la cobertura de necesidades transitorias o extraordinarias, sino de un servicio de demanda excepcional, para hacer frente a ese tipo de necesidades.

A partir de esa conclusión, y apelando al razonamiento por analogía, no sería descabellado proponer que, ante necesidades ordinarias o habituales del comitente no hay cabida para que el contrato de trabajo entre el contratista y el trabajador sea por tiempo determinado. Más aun; aplicando el argumento a contrario sensu, podría inferirse que sí la hay cuando los requerimientos del comitente sean transitorios o extraordinarios. Volveré más adelante sobre el particular.

A diferencia de lo que puede leerse en la STS 4383/2020, de 29 de diciembre, por regla, la jurisprudencia nacional no planteó a modo de interrogante genérico si una contrata, *per se*, puede justificar que el contratista concierte contratos temporales con los trabajadores para hacer frente a la misma. De todos modos, a la cita del precedente *"Bensoni"* se le podría adicionar un caso en el que se advierten referencias tangenciales y abstractas de admisión, en la siguiente consideración: *"El contrato de trabajo con relación laboral de plazo determinado es aquel en el cual las tareas del trabajador se inscriben necesariamente en la lógica de la actividad de la empresa o establecimiento. Cuando entre las partes y la actividad media una inscripción contingente, no necesaria, nos encontramos ante un contrato de trabajo con relación laboral en la que el plazo no*

[15] Entre tantas, CNAT, Sala X, *"Igarza Néstor Ezequiel y otros c/ La Delicia Felipe Fort S.A. s/ despido"*, 01-11-2021, MJ-JU-M-135889AR; *"Giordano, Leandro Daniel c/ Compañía de Inventarios S.A. y otro s/ despido"*, 21-12-2020, MJ-JU-M-130144-AR; Sala II, *"Bordón Ariel Fernando c/ Inc. S.A. s/ despido"*, 28-11-2028, MJ-JU-M-115927-AR; Sala VII, *"Lesiuk, Cintia Vanesa c/ Jumbo Rectail Argentina y otros s/ despido"*, 28-08-2018, MJ-JU-M-114149-AR.

coincide con una situación del trabajador frente a los beneficios de la seguridad social sino con el agotamiento de la situación contingente que sirvió de causa material a la contratación"[16]*.* Y este otro caso, con la siguiente consideración que permitiría inferir que, acreditados los presupuestos de excepción, cabría la contratación temporal del trabajador por el contratista: *"No resultó acreditado que…la modalidad del contrato a plazo fijo obedecía al vínculo que mantenía la empresa accionada con diversas empresas u organismos públicos que les otorgaba la concesión del servicio de limpieza…"*[17]*.*

Lo cierto es que, ante reclamos por despidos en los que se debatió el tipo contractual entre un trabajador y una empresa contratista, la respuesta refractaria de los jueces a la convalidación de un contrato por tiempo determinado se ha fundado en la enfática ponderación de la preferencia del legislador por el contrato por tiempo indefinido (art. 90, primer párrafo, de la LCT)[18], o en la carencia de prueba orientada a acreditar las causales o razones de la temporalidad de la relación laboral. Muy aisladamente, se consideró lícito el contrato temporal entre un trabajador y una empresa contratista porque el primero no había logrado acreditar una relación por tiempo indefinido[19].

Sin perjuicio de lo anterior, la letra chica de las sentencias que he seleccionado entre las que han descartado la validez de la contratación temporal del trabajador, no presenta uniformidad de criterio tal como veremos en las respuestas a los interrogantes que planteo en el párrafo siguiente.

Primer interrogante: para evaluar la posibilidad de que el contratista celebre contratos de trabajo temporales con los trabajadores, ¿la mira, debe dirigirse a la necesidad de la primera o de la segunda? ¿Qué rol desempeña una contrata entre ambas?

Una pregunta que podría justificarse, en razón de que cuando el trabajador es cedido por una empresa de servicios eventuales a un tercero son las necesidades (extraordinarias o transitorias) de quien es destinatario de los servicios de ese trabajador

[16] CNAT, Sala V, *"Cristaldo Silva, Fernando Ramón c/ Chef Group S.A. y otros s/ despido"*, voto del camarista Arias Gibert, SD de 05 de agosto de 2014.

[17] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala Segunda, *"Mediterránea Clean SRL en J: 152578 Libardi Ana Patricia c/ Mediterránea Clean SRL s/ despido Recurso Extraordinario Provincial"*, 18 de diciembre de 2019

[18] Por todas, en virtud de la contundencia del voto del camarista Morando (en mayoría), CNAT, Sala VI, *"Flores de Saracho, Rosa c/ Técnic Limp S.A. y otro"*, 26-03-1997, L.L. 1997-E-825, con nota de VÁZQUEZ VIALARD, A. Acertadamente, el citado magistrado puntualizó: *"…La consecuencia inevitable de adoptar una postura rígida sería entender que la contratación del trabajador limitada temporalmente al tiempo de subsistencia del contrato entre su empleador y un tercero, lo que excluiría la regla del art. 90 de la ley de contrato de trabajo y convertiría a todas las relaciones de trabajo de la actividad en examen y otras afines, en contratos de plazo cierto o eventuales…".*

[19] CNAT, Sala V, voto de la camarista García Margalejo (en minoría), en los autos *"Alarcón, Juan Pedro c/ Miguel Antonio Casabuono SRL y otros/ despido"*, SD de 24 de febrero de 2009.

(la empresa usuaria) las que ubican a ese mecanismo de descentralización de mano de obra dentro de un marco de juridicidad.

El hecho de que la jurisprudencia compulsada no haya sido permeable para concederle validez a la contratación laboral temporal por el contratista, no derivó en una postura lineal a la hora de decidir qué es lo determinante para bloquear el acceso a la contratación laboral temporal por la empresa contratista. Algunas sentencias, pusieron el acento en sus propias actividades o necesidades (las de la contratista)[20]; otras, en las de la comitente[21]. Incluso, he podido advertir sentencias de un mismo tribunal en ambas direcciones.

Segundo interrogante: cuando existe un contrato de prestación de servicios real entre comitente y contratista (no, una falsa contrata), ¿es correcto aplicar el art. 29 de la LCT para decidir en qué segmento de la relación triangular (comitente - contratista - trabajador) corresponde situar la existencia de una relación de trabajo?

Para responder la pregunta, he tomado como ejemplo dos sentencias contrapuestas de la CNAT. Una, de la Sala VIII, de 08 de agosto de 2004[22]; la otra, de la Sala V, 14 de febrero de 2008[23].

En la primera, el voto del camarista Morando es concreto, claro y, a mi entender, acertado. Se trató de un reclamo de un trabajador contra su empleador (una empresa de limpieza; la contratista) y contra la empresa destinataria de sus servicios (la comitente). En razón de ser condenada solidariamente con fundamento en el art. 29 LCT, la segunda apeló la sentencia de primera instancia dando lugar al pronunciamiento que he seleccionado. Dice el juez Morando (a cuyo voto adhirió el juez Lescano): *"…resulta que Limpiolux S.A. no le proporcionaba trabajadores, sino servicios de limpieza y mantenimiento industrial, propios de su objeto, con personal propio. Ninguna relación tiene con el caso la hipótesis del artículo 29 de la LCT…"*

---

[20] CNAT, Sala IX, autos *"Aranguez Uthurriaga, Susana Esther c/ Gloser S.A. s/ despido"*, en los que remitió al art. 34, inciso b) del CCT 107/90 para destacar que la contratación eventual del encuestador se admite, *"cuando el volumen del trabajo exceda las posibilidades de ejecución por parte de los encuestadores…por tiempo indeterminado";* Sala II, autos *"Chapetta, Flavio César Augusto c/ Jockey Club Asociación Civil y otros s/ despido"*, SD de 29 de diciembre de 2009; Sala V, autos *"Cristaldo Silva, Fernando Ramón c/ Chef Group S.A. y otros s/ despido"*, SD de 05 de agosto de 2014, y autos *"Alarcón, Juan Pedro c/ Miguel Antonio Casabuono SRL y otros/ despido"*, SD de 24 de febrero de 2009; Sala VIII, en autos *"Bensoni, Jorge L. y otros c/ Limpiolux S.A. y otro"*, SD de 08 de agosto de 2004, D.T. 2005-A-69; Sala VI, *"Flores de Saracho, Rosa c/ Técnic Limp S.A. y otro",* cit.

[21] En *"Pérez Díaz, Oliver Héctor Fabián c/ G.R. Group S.A. y otros/ despido"*, SD de 14 de febrero de 2008, Sala V de la CNAT. En el mismo sentido, CNAT, Sala II, *"Benz, Juan Carlos c/ Celmovi S.A. y otros"*, SD de 14 de noviembre de 2014; CNAT, Sala IX, *"Iuorno, Ezequiel Emiliano c/ Telenet S.A. y otro s despido"*, SD de 30 de junio de 2016; CNAT, Sala VI, "*Campos Taboada, Elena y otro c/ Organización Alvi S.A."*, SD de 17 de febrero de 1998, D.T.1998-B-1467, con nota de Carlos Pose.

[22] *"Bensoni, Jorge L. y otros…",* cit. Anteriormente, en igual sentido, *"Flores de Saracho, Rosa…",* cit.

[23] *"Pérez Díaz, Oliver Héctor Fabián…",* cit.

La segunda sentencia, argumentó de manera diferente. El caso, surgió a raíz de una demanda interpuesta por un repositor de mercadería en supermercados contra su empleador (una empresa de publicidad y servicios que era contratada por otras empresas para la promoción de productos o la realización de campañas publicitarias), y contra quien había contratado sus servicios para reponer en las góndolas de supermercados sus productos y publicitarlos. En lo que interesa, la sentencia dice lo siguiente: *"…Como no se demostró…la eventualidad de las tareas cumplidas por el actor para Bonafide, resulta de plena aplicación entre ambas codemandadas lo dispuesto en el artículo 29 LCT…cuando lo que se suministra es la prestación por parte del trabajador de servicios que en sí mismos no son eventuales sino permanentes, la relación cae bajo el principio general que rige a la subempresa de mano de obra…".*

Tercer interrogante: si se descartara la posibilidad de un contrato temporal, ¿qué tipo contractual es el que vincula al trabajador con el contratista; un contrato por tiempo indeterminado de prestación continua o de prestación discontinua?

Frente a esa pregunta, la jurisprudencia también refleja falta de uniformidad. Algunas sentencias, acogieron el reclamo del trabajador por despido porque el empleador no cumplió los requisitos legales para justificar su contratación temporal, pero sin decir que entre las partes hubo un contrato por tiempo indefinido[24]. En esos casos, la imposibilidad de recurrir a la contratación temporal por parte del contratista se fundó en la preferencia del legislador por la contratación indefinida del trabajador, sin adicionar, expresamente, que hubo entre las partes un contrato por tiempo indeterminado[25]. Otras sentencias, han calificado al contrato como de tiempo indeterminado, sin más[26]. Un tercer grupo, se ha decantado por la existencia de un contrato por tiempo indeterminado de prestación discontinua, aunque sin dar ninguna explicación acerca del régimen aplicable[27]. Una discordancia indiferente para la doctrina, que demanda una respuesta legal sin demoras para resguardar la seguridad jurídica[28].

[24] CNAT, Sala IX, *"Iuorno…"*, cit.; Sala II, *"Benz,* cit.; Sala V, *"Pérez Díaz…"*, cit.; Sala IX, *"Aranguez Uthurriaga,* cit.

[25] *"Flores de Saracho, Rosa c/ Técnic Limp S.A. y otro",* cit.

[26] CNAT, Sala II, *"Galeano, Adolfo Cesar Oscar c/ Martha Chab Recepciones SRL y otros s/ despido"*, SD de 11 de diciembre de 2008; Sala V, *"Sosa, Marcelo Rubén c/ Crescens S.A. y otros s/ despido"*, SD de 01- de octubre de 2014; Segunda Cámara del Trabajo de Mendoza, *"Calvo, Carina Gisel c/ Mediterránea Clean SRL s/ despido"*, 11 de octubre de 2019, MJ-JU-M-121792-AR; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala Segunda, *"Mediterránea Clean SRL…"*, cit.; CNAT, Sala VIII, *"Bensoni…"*, cit.; CNAT, Sala VI, *"Campos Taboada…"*, cit.; CNAT, Sala V, "Alarcón…", cit.

[27] CNAT, Sala V, *"Cristaldo…"*, cit.; Sala II, *"Chiapetta…"*, cit.; CNAT, Sala VIII, *"Acosta,* cit.

[28] En contra de un régimen autónomo de prestación discontinua, que no cuente con respaldo legal, VÁZQUEZ VIALARD, A., *"El ejercicio del 'ius variandi` respecto de determinadas actividades"*, L.L. 1997-E-827. Sin embargo, el autor admite la contratación temporal del trabajador por el contratista, cuando el primero deba cumplir tareas en diferentes establecimientos de terceros a raíz de pedidos de carácter eventual (cit., pág. 828).

Cuarto interrogante: ¿es posible que un convenio colectivo le atribuya carácter temporal al contrato entre el trabajador y el empleador contratista?

Los trabajadores temporales, aparecen en los convenios colectivos con distintas denominaciones: *"eventuales"* (CCT 107/90), *"supernumerarios"* (CCT 703/05 "E", art. 6); *"personal extra"* (CCT 401/05, art. 19); *"extra común"* (CCT 389/04, art. 7.6.1.; CCT 362/03, art. 68.a), o *"extra eventos especial"* (CCT 389/04, art. 7.6.2; CCT 362/03, art. 67.b).

A diferencia del orden legal (que ha guardado absoluto silencio sobre el particular), varios convenios colectivos han incorporado cláusulas que expresamente habilitan la contratación temporal de trabajadores frente a la existencia de un contrato inter empresarial destinado a la realización de una obra o prestación de un servicio (CCT 779/20, art. 17[29]; CCT 758/19, art. 24.1[30]; CCT 397/04, art. 13.2[31] y CCT 389/04, art. 7.3.[32]).

Como muestra de fórmula convencional, transcribo la del CCT 758/19 aplicable a la actividad hotelera y gastronómica en la provincia de Tucumán. *"Art. 24.1… Contrato de trabajo a plazo fijo: En el marco de las características y particularidades de la actividad las partes identifican diferentes hipótesis que podrían tornar viable recurrir a esta modalidad contractual temporaria.* ***El inicio de un nuevo emprendimiento o servicio que pudiera requerir de una determinada cantidad adicional de personal, sea por una nueva relación comercial entre el empleador y un tercero****, la apertura de una nueva sucursal, la ampliación de las instalaciones existentes, la variación sustancial de las modalidades de servicios habituales, o bien la demanda de servicios puntuales o extraordinarios y transitorios que contemplaran o una fecha cierta o previsible de finalización, podrá ser considerado un supuesto de exigencia y justificación transitorio en los términos previstos en el art. 90 inc. b) de la LCT. También se considerarán dentro de este supuesto los requerimientos adicionales, especiales o transitorios que pudieran solicitar los clientes en los servicios contratados, a modo de refuerzos, campañas, objetivos predeterminados, realizados en base a extensiones temporales predeterminadas de los mismos. Serán de aplicación en el contrato de trabajo a plazo fijo*

[29] Celebrado entre el Sindicato Único de Trabajadores de Control de Admisión y Permanencia de la República Argentina (SUTCAPRA) y la Federación de Entidades de Discotecas de la República Argentina.

[30] Celebrado entre la Unión de Trabajadores del Turismo Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina (UTHGRA) y la Unión de Hoteles, Restaurantes, Cafés, Bares y Afines de Tucumán (UHCBCRYA).

[31] Celebrado entre la Unión de Trabajadores del Turismo, Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina (UTHGRA) y la Federación Argentina de Alojamientos por Horas (FADAPH).

[32] Celebrado entre Unión de Trabajadores del Turismo, Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina (UTHGRA) y la Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina.

la totalidad de las cláusulas normativas y obligacionales del presente Convenio Colectivo".

Esa cláusula, es calcada de las que figuran como art. 7.3 CCT 389/04 y art. 13.2 del CCT 397/04. Pero difiere de la inserta en el CCT 779/20 (art.15), porque en este no figura la frase *"…sea por una nueva relación comercial entre el empleador y un tercero"*.

La jurisprudencia referida a la posibilidad de que un convenio colectivo le atribuya naturaleza temporal a la relación entre el trabajador y la empresa contratista, no abunda. La que he compulsado permite inferir que ha partido de la siguiente premisa: el art. 90 LCT, es una norma dotada de imperatividad relativa. Concluyo de esa manera porque, previa cita de los arts. 7 de la ley 14.250 y 8 LCT, condicionó la validez de sus cláusulas a la plasmación de condiciones más favorables que las previstas en la ley[33].

IV. MI PARECER SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL CON FUNDAMENTO EN UNA CONTRATA

Cuando se trata de contratos temporales independientes de la existencia de una contrata, quiero decir, cuando el empleador no es un contratista, la respuesta es obvia: lo que define la legalidad de un contrato temporal, por regla general, es la presencia de una necesidad transitoria o extraordinaria del empleador que contrata directamente al trabajador[34]. En cambio, cuando el empleador es un contratista, las respuestas de la jurisprudencia no han sido coincidentes.

Así como se han dictado sentencias que ponderaron la actividad o necesidad de la empresa comitente, otras pusieron el acento en la actividad o necesidad de la contratista, pero, en ambos casos, sin aportar suficientes razones destinadas a apuntalar una u otra posición. En general, las decisiones se han basado en la insuficiencia o ausencia de prueba orientada a acreditar los requisitos permisivos de la vía contractual de excepción, o en la lisa y llana atribución de permanencia a la necesidad del comitente[35].

El criterio *"sustancial"*[36] (también denominado *"sustancialista"*[37], *"físico"*[38], o *"material"*[39]), esto es, el que toma en cuenta la necesidad que pretende cubrir el

[33] Por todas, CNAT, Sala II, *"Chiapetta…"*, cit. (voto del magistrado Maza) y *"Galeano…",* (voto del magistrado Pirolo); Sala V, *"Cristaldo…"*, cit. (voto del magistrado Arias Gibert); *"Alarcón…"*, cit. (voto del magistrado Zas).

[34] La excepción encuentra entidad, frente a necesidades permanentes del empleador que justifican la contratación temporal del trabajador porque sus servicios son refractarios o incompatibles con la contratación por tiempo indeterminado (vg. los servicios prestados por un futbolista profesional).

[35] En *"Campos Taboada…"*, cit., así fue considerada la limpieza en hospitales y mercados.

[36] BALLESTER PASTOR, M.A., *"El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural"*, en Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, pág. 396, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

[37] STS 99/1997 (ECLI:ES:TS:1997:99).

comitente mediante los servicios contratados -al margen de que dicha necesidad se origine en el marco de su actividad normal y específica, en los términos en que fuera definida por la CSJN en *"Rodríguez"*[40]-, se advierte en la sentencia dictada por la Sala VI de la CNAT, en *"Campos Taboada…"*[41]. Transcribo, la parte pertinente: *"El hecho de que el testigo…manifieste la existencia de contratos de duración limitada con las empresas usuarias de los servicios de limpieza no demuestra la necesidad objetiva de recurrir a contratos a plazo fijo cuando la limpieza es una necesidad esencial de aquéllas".* Un punto de vista, que no sólo está presente en la STS de España nº 4383/2020, de 29 de diciembre de 2020 (al final de sus fundamentos de derecho, y una vez descartado que la duración de la contrata sea determinante para otorgarle naturaleza temporal a la actividad o necesidad de la contratista), sino que también defendió una parte de la doctrina española[42].

En cambio, el criterio *"formal"*[43], *"insustancial"*[44], o *"funcional"*[45], al poner el acento en la contrata y admitir que, a raíz de la misma, se genera una necesidad temporalmente limitada en el contratista -más allá de que los servicios a prestarle al comitente integren su actividad permanente-[46], se pronuncia por la licitud de la contratación temporal de los trabajadores vinculados a dicha contrata[47]. Como dijera el Tribunal Supremo de España, *"lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello…lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato"*[48]. De ese modo, frente a la existencia de una contrata, de nada importará que la actividad de la contratista sea permanente. Será la duración de la primera, la que producirá una necesidad precaria en el contratista que lo habilite a tomar trabajadores temporales para cumplir dicha contrata. Por ende, el fin de

---

[38] RUZ LÓPEZ, J. M., también lo denomina criterio *"sustantivo"*; *"Último giro jurisprudencial en materia de contratos temporales vinculados a subcontratas",* Temas Laborales, Nº 159/2021, pág. 186.

[39] CAVAS MARTÍNEZ, F., *"El fin del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata (cambio de doctrina)"*, Revista de Jurisprudencia Laboral, Nº 1/2021, pág. 8; RUZ LÓPEZ, J. M., *"Último giro jurisprudencial…",* pág. 186.

[40] *"Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A."*, 15 de abril de 1993, Fallos: 316:713.

[41] Cit. La sentencia, en la parte transcripta, repite a pie juntilla las palabras del TS de España en su STS 7206/1992 (ECLI:ES:TS:1992:7206), referida, también, a una contrata de limpieza.

[42] CAVAS MARTÍNEZ, F., *"El fin del contrato…",* pág. 9.

[43] CAVAS MARTÍNEZ, F., *"El fin del contrato…",* pág. 8.

[44] BALLESTER PASTOR, M.A., *"El contrato temporal condicionado…",* pág. 396.

[45] RUZ LÓPEZ, J. M., *"Último giro jurisprudencial…"*, pág. 186.

[46] En contra de que una contrata, per se, provoque una necesidad temporal en el contratista con independencia de cualquier otra circunstancia, García Ninet, J. I. y Vicente Palacio, A., *"Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia"*, pág. 57, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

[47] CAMPS RUIZ, L. M., *"La contratación laboral temporal"*, págs. 31/40, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

[48] STS 99/1997, de 15 de enero; ECLI:ES:TS:1997:99.

esta última produciría, inexorablemente, la extinción natural de los contratos de trabajo asociados a su vigencia.

Ejemplifico, tomando como referencia el CCT 758/19 (citado más arriba) aplicable a la actividad hotelera y gastronómica en la provincia de Tucumán. Su art. 24.1., recoge el criterio *"formal"* o *"funcional"* al reconocer que el empleador puede apelar a la contratación de trabajadores por tiempo determinado frente a *"una nueva relación comercial entre el empleador y un tercero".* Por tanto, será esta nueva relación comercial la que le permitirá al contratista incorporar trabajadores temporales vinculados al tiempo de duración de aquélla, resultando completamente indiferente que su actividad sea permanente.

Según anticipé, se han dictado sentencias que priorizaron la actividad o la necesidad del contratista a los efectos de determinar si el vínculo con los trabajadores que le prestaron servicios a raíz de una determinada contrata encajaba en la modalidad de tiempo determinado. Pero ninguna de las que he consultado, se ha decantado, expresamente, por el criterio *"formal"*, *"funcional"* o *"insustancial"* que, como señalé, le concede a la contrata el carácter de causa -*per se*- de una necesidad precaria que legitima tomar trabajadores temporales durante su duración, más allá de que su actividad sea constante o permanente. Sin embargo, con fundamento en los términos en que fueron redactadas las dos sentencias que he seleccionado, infiero que no ha sido completamente clausurada la contratación por tiempo determinado del trabajador, mediando una contrata a la que haya sido asignado.

En *"Alarcón"*[49], sin haberle abierto plenamente la puerta al criterio *"formal"* o *"insustancial"*, se admitió, implícitamente, que una contrata puede generar necesidades transitorias en el contratista quien, para cubrirlas, tiene derecho a contratar trabajadores temporales. Hago este señalamiento, pues, al haber puntualizado que *"la accionada -sobre quien pesaba la carga probatoria- no aportó elementos de prueba suficientes para acreditar la supuesta eventualidad…"*, se infiere el derecho a la contratación temporal sujeta a la regla de causalidad.

Desde mi punto de vista, en *"Cristaldo Silva"*[50], la sentencia da pie para inferir la viabilidad del criterio *"formal"* o *"insustancial"* cuando la contrata fuere de plazo cierto. Más allá de sus conclusiones acerca del deslinde no compartido entre el contrato a plazo fijo y el contrato eventual[51], le atribuye el siguiente significado a los términos actividad y necesidad (de la empresa contratista) de cara al caso en el que se discute la naturaleza del vínculo (temporal o por tiempo indeterminado) de un mozo *"extra"* al que, en virtud de lo dispuesto por el convenio colectivo vigente, se contrató como trabajador eventual.

[49] Cit.
[50] Cit.
[51] Sobre el particular, me explayé en *"Contrato de trabajo eventual"*, pág. 94/104, Astrea, 2002.

Sobre la primera (la realización de banquetes), dice que es el fundamento mismo de la existencia de la empresa (dando a entender su permanencia o tracto sucesivo), aunque ella no sepa cuándo le serán requeridos sus servicios. A la segunda, se refiere de esta manera: *"la necesidad está sometida a plazo incierto y no a condición"*. Esta redacción, me conduce a pensar que el término *"necesidad"* pretende identificar la prestación del servicio concreto (no, la actividad de la empresa contratista). En caso de ser así, no me parece acertada la afirmación entrecomillada (tajante, por cierto), ya que no hay obstáculo alguno para la suscripción de contratas de plazo cierto (en general, ni para la realización de banquetes). Si, sólo por hipótesis, fuera cierto que necesidad es igual a prestación de cada servicio, entonces, ante una contrata de plazo cierto, la necesidad del contratista sería precaria y, por ende, la prestación del trabajador no debería catalogarse como *"permanente discontinua"*, sino temporal, con lo cual, las contratas de plazo cierto -sólo ellas- podrían ser, por sí mismas, causa de la contratación temporal del trabajador.

En mi opinión, no hay una respuesta única.

Recurrir al criterio *"formal"* ante cualquier contrata, incluyendo aquellas que estén destinadas a la cobertura de necesidades permanentes del comitente (sean coincidentes, o no, con su actividad normal y específica), resultaría un claro incentivo a la descentralización de la producción que, por otra parte, enviaría a un rincón a la preferencia establecida en el art. 90 LCT por el contrato de tiempo indeterminado ya que, dicho con palabras del Tribunal Supremo de España, sería *"la voluntad empresarial de encargar una parte de su actividad ordinaria a una empresa contratista, lo que acaba posibilitando que ésta puede recurrir a la contratación temporal"*[52], aún, cuando la permanencia fuera lo que caracteriza a la actividad del contratista.

Si la oferta de servicios por el contratista al mercado fuera permanente y constante, de modo que su actividad estuviera orientada a ese fin y con dichas características, no debería concedérsele relevancia al hecho de que los servicios prestados en cada caso en virtud de una contrata tuviesen una duración limitada para justificar la modalidad temporal de contratación del personal afectado a esos servicios. Distinto sería, que el contratista tuviere una demanda excepcional, por ejemplo, a raíz de la presencia de necesidades transitorias o extraordinarias de empresas comitentes. Demostrado esto, no habría que poner en entredicho el recurso a contratos temporales (de plazo cierto o incierto). Una conclusión que, lógicamente, no se condice con el criterio formal.

Por otra parte, el criterio propuesto debería tener su contrapeso al momento de la extinción de la relación entre el trabajador y el contratista. Con esto, quiero decir que los jueces deberían admitir su canalización mediante las normas que regulan los despidos por causas económicas, cuando la alteración o fenecimiento de la contrata por causas

[52] STS 4383/2020, cit., párrafo sexto del fundamento de derecho quinto.

ajenas al contratista haya provocado una merma o disminución en su actividad, salvo, claro está, que el mismo tuviera capacidad de ocupación para recolocar la mano de obra excedente vinculada a tal contrata, en cuyo caso el despido sería encausado.

V. MI PARECER SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO, EN CASO DE CONTRATA O SUBCONTRATA

Según adelanté, en un reclamo de un trabajador que prestó servicios como repositor de mercaderías en un supermercado, se aplicaron, simultáneamente, los arts. 29 (primer y segundo párrafo) y 30 de la LCT a fin de fundar la condena solidaria de una de las empresas demandadas.

Lo cierto, es que Bonafide S.A.I.C. contrató a G.R. CORP S.A. (una empresa dedicada a prestar servicios de promoción de productos y campañas publicitarias), a fin de que se encargara de la reposición y publicidad de productos propios en un supermercado, y que la segunda despidió a un trabajador encargado de cumplir esas tareas, sin haber logrado acreditar la causa invocada, lo que derivó en una condena de ambas empresas.

Lo que interesa del caso, es que la sentencia descartó la validez del contrato eventual entre el actor y la empresa G.R. CORP S.A., apelando al art. 29 LCT. De nada importó, a dicho efecto, el hecho de que su actividad fuera permanente. Lo relevante, para subsumir la cuestión referida al tipo contractual en dicha norma, fue que no se había demostrado *"la eventualidad de los servicios requeridos por la usuaria*" (así llama a Bonafide SAIC). Pero recurrió al art. 30 LCT, a fin de fundar la solidaridad de Bonafide SAIC -que, en este aspecto, dejó de ser usuaria para ser comitente- porque las tareas desplegadas por el actor *"eran coadyuvantes y necesarias para el normal y habitual desarrollo de su actividad…".* No me parece acertada la argumentación del juez Simón, a cuyo voto adhirió el juez Zas. Que no se haya acreditado la eventualidad de las tareas prestadas por el actor para la empresa que se beneficiaba con sus servicios, no habilitaba, sin más, a concluir que el caso quedaba comprendido en el art. 29 LCT, pues, para ello, las tareas prestadas por el trabajador debieron responder a un suministro de mano de obra; no, a una prestación servicios (real) entre dos empresas vinculadas por un contrato, como aconteció en los hechos[53]. En todo caso, el argumento del camarista podría ser acertado para descartar una relación laboral temporal entre la prestataria de servicios (la contratista real) y el trabajador, pero no para atribuirle la condición de empleador a la destinataria de dichos servicios (la comitente; no, usuaria). Dicho de otro modo, si para decidir el tipo contractual laboral (temporal o indefinido) la atención se

[53] Cfme. *"Bensoni, Jorge L. y otros…",* y *"Flores de Saracho, Rosa…",* cit.

pusiera en la necesidad de la empresa comitente, sería coherente decantarse a favor de la existencia de un contrato por tiempo indeterminado entre la contratista y el trabajador, si las tareas cumplidas por el segundo, como expresa la sentencia, fueran *"…necesarias para el normal y habitual desarrollo de su actividad"* (en referencia a la comitente). Al margen, claro está, de que ese argumento pueda contribuir a fundar la responsabilidad solidaria de la empresa comitente en los términos del art. 30 LCT.

VI. MI PARECER SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO PERMANENTE DISCONTINUO BASADO EN UNA CONTRATA

Entre los señalamientos que hice en torno a las diferencias en la jurisprudencia, incluí el punto referido a la posible compatibilidad entre la contrata y el contrato de trabajo por tiempo indeterminado de prestación discontinua (contrato fijo discontinuo, en la legislación española; art. 16 ET).

Diferencias que, aunque fueron ignoradas por la doctrina, demandan una respuesta legal sin demoras para correr a un lado la inseguridad jurídica. Situación provocada, no sólo por la inexistencia de una norma legal sobre el tema, sino porque la jurisprudencia que le otorgó al trabajador contratado por la contratista para responder a las necesidades originadas en una contrata la condición de permanente discontinuo, no ha dado la más mínima explicación acerca de cuál es el régimen legal específico que avale esa conclusión[54].

Tal vez, se ha pronunciado de ese modo pensando en lo dispuesto por el art. 29, párrafo tercero, de la LCT y de su reglamentación (art. 4, párrafo segundo, del decreto 1694/06), por advertir alguna analogía en las relaciones triangulares que se generan entre comitente - contratista - trabajador (por un lado), y empresa usuaria - empresa de servicios eventuales - trabajador (por el otro), y por la ausencia de norma legal concreta sobre el tipo de contrato de trabajo que vincula al contratista y al trabajador asociado a una contrata. Mi conclusión, no deja de ser una mera hipótesis debido a que ninguna de las sentencias traídas a colación aclaró que decidieron como lo hicieron aplicando una norma prevista para situaciones análogas.

Como quiera que sea, la falta de apoyo legal específico para justificar la existencia de un contrato por tiempo indeterminado de prestación discontinua entre el contratista y el trabajador, no deja de preocupar. Lo que acabo de puntualizar, no debe ser entendido como una crítica que apunta a descartar que entre ambos pueda existir un contrato de

[54] En contra de un régimen autónomo de prestación discontinua, que no cuente con respaldo legal, VÁZQUEZ VIALARD, A., *"El ejercicio del 'ius variandi` respecto de determinadas actividades"*, L.L. 1997-E-827. Sin embargo, el autor admite la contratación temporal del trabajador por el contratista, cuando el primero deba cumplir tareas en diferentes establecimientos de terceros a raíz de pedidos de carácter eventual (cit., pág. 828).

aquel tipo. Pero, para que ello sea posible, es imprescindible un respaldo del ordenamiento legal, como acontece en España a partir de la reforma de 28 de diciembre de 2021 (RDL 32/2021) que, bajo la misma denominación (*"contrato fijo discontinuo"*), incluye no sólo *"la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada"* (finalidad propia del anterior contrato fijo discontinuo), sino, además, los trabajos que, sin ser estacionales, *"tengan períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados"* (finalidad propia del anterior contrato fijo periódico), y los *"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",* supuesto en el que la norma legal delegó a los convenios colectivos sectoriales la fijación de un plazo máximo de inactividad, y que, hasta que ello ocurra, se fijó, subsidiariamente, en tres meses (art. 16 ET, apartados 1 y 4)[55].

VII. MI PARECER SOBRE LA COMPETENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO PARA ATRIBUIRLE CARÁCTER TEMPORAL AL CONTRATO DE TRABAJO VINCULADO A UNA CONTRATA

Más arriba, he dado cuenta de que una parte de la jurisprudencia compulsada admite que el convenio colectivo (sin aclarar su ámbito) tiene competencia de normación limitada en los casos de contratos temporales vinculados a una contrata. Concretamente, señalé que ha subordinado la validez de sus cláusulas al cumplimiento los arts. 7 de la ley 14.250 y 8 LCT[56].

Ese razonamiento (y las normas invocadas), proyectados a un conflicto en el que se discutía la validez de un contrato temporal entre el contratista y el trabajador, presupone que las reglas establecidas en el art. 90 LCT (preferencia por el contrato de tiempo indeterminado y causalidad de la contratación temporal), son mínimas (relativamente imperativas) y, por ende, susceptibles de ser mejoradas por la autonomía colectiva. Es lo que infiero del siguiente párrafo: *"…Asimismo debe tenerse presente que los convenios colectivos desplazan normas de mayor jerarquía constitucional, en la medida en que fueren más favorables al trabajador…"*[57].

Si la inferencia fuere acertada, debo decir que no la incorporo como criterio propio, porque ninguna de las reglas insertas en el art. 90 LCT mencionadas en el párrafo inmediato anterior es susceptible de mejoramiento.

[55] Al respecto, SALA FRANCO, T., *"Los contratos indefinidos fijos discontinuos"*, págs. 9/11, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
[56] *"Chiapetta…"*, *"Galeano…",* "*Cristaldo…"*, y *"Alarcón…"*, cit.
[57] *"Chiapetta…"*, cit.

La preferencia del legislador por el contrato de trabajo de tiempo indefinido, es una regla de imperatividad absoluta no sólo porque no es posible la contratación temporal acausal, sino porque no hay un tipo contractual más beneficioso para el trabajador que el contrato por tiempo indeterminado (la regla, no se puede empeorar, ni mejorar).

Lo propio acontece con la regla de causalidad, porque a la imposibilidad de que un convenio colectivo incorpore un régimen de contratación temporal menos favorable que el actual (me refiero a un régimen que autorice la contratación temporal acausal o coyuntural), hay que añadirle la inviabilidad de que un convenio colectivo establezca que el empleador deba celebrar contratos por tiempo indefinido, aun cuando concurrieran las causas legales que permiten la contratación temporal. Arribo a esta conclusión, porque el reconocimiento legal a pactar condiciones más beneficiosas (en la materia que fuere) no es ilimitado, sino que debe someterse a los preceptos de la Carta Magna que reconozcan derechos fundamentales a ser invocados por el empleador. En lo que atañe al tema tratado, no me parece cuestionable que cualquier disposición convencional formulada en dichos términos acabaría conminando al empleador a mantener al trabajador dentro de su plantilla una vez agotada la necesidad (causa) que motivó la contratación. Semejante imperativo, no debiera salir incólume del escrutinio de constitucionalidad en razón de su ofensa a la libertad de contratar[58], contenido esencial de los derechos de trabajar y de ejercer toda industria lícita (art. 14 CN)[59].

Por tanto, la cuestión no debería haberse planteado en términos de mayor o menor favorabilidad para el trabajador apelando a la cita de los arts. 7 de la ley 14.250 y 8 LCT, sino que los jueces debieron limitarse al control del cumplimiento de la regla de causalidad que justifica la contratación temporal del trabajador. Esto equivale a decir que, si bien es cierto que el convenio colectivo tiene competencia de normación para establecer, frente a tal o cual circunstancia, que el empleador tiene derecho a contratar trabajadores temporales, también lo es que la validez de la cláusula pertinente y del contrato temporal, no estarán exentos del control de causalidad (legalidad) por los magistrados.

VIII. CONCLUSIONES

Primera: el régimen de contratación temporal vigente, necesita discutirse y, por ello, debería incluirse en el temario de una futura reforma (consensuada) que mantenga las

[58] Ya mencionada, expresamente, por la Corte Federal en *"Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw"*, Julieta; 28 de abril de 1922, Fallos: 136:164.

[59] Sobre la libertad económica, la libertad de contratar y los derechos inherentes a ella, BIDART CAMPOS, G., *"Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino"*, T.I-B, pág. 196/201, Ediar, 1986. BADENI, G., "Tratado de Derecho Constitucional", T.I, pág.632/639, La Ley, 2004.

reglas de indeterminación del plazo del contrato de trabajo y de causalidad de la contratación temporal.

Segunda: Si la oferta de servicios por el contratista al mercado fuera permanente y constante, de modo que su actividad estuviera orientada a ese fin y con dichas características, no debería concedérsele relevancia al hecho de que los servicios prestados en cada caso en virtud de una contrata tuviesen una duración limitada para justificar la modalidad temporal de contratación del personal afectado a esos servicios. Distinto sería, que el contratista tuviere una demanda excepcional, por ejemplo, a raíz de la presencia de necesidades transitorias o extraordinarias de empresas comitentes. Demostrado esto, no habría que poner en entredicho el recurso a contratos temporales (de plazo cierto o incierto).

Tercera: uno de los puntos a debatir, de cara a esa eventual reforma, podría ser la inclusión de un régimen específico destinado a regular la vinculación entre el contratista y el trabajador vinculado a una contrata, a fin de evitar situaciones de inseguridad provocadas por pronunciamientos judiciales no alineados.

Cuarta: es imperioso contar con estadísticas oficiales precisas y actuales sobre la contratación temporal que permitan conocer con certeza la cantidad de trabajadores vinculados a dicha modalidad, ya que no es lógico seguir andando a tientas frente a un modelo de preferencia legal por el contrato de tiempo indeterminado.

Quinta: si bien no incluí el tema en esta ocasión, mi propuesta es que en esa posible reforma habría que incluir la problemática que se plantea ante una relación (temporal) de plazo incierto y *"duración inusualmente larga"*[60], en razón de que el art. 99 LCT no ha previsto un plazo máximo para el contrato cuando su motivación es la realización de una obra o servicio determinado, situación que se repite en el art. 69 de la ley 24.013 en caso de sustitución de un trabajador permanente en uso de licencias legales o convencionales, o con derecho a reserva de puesto.

[60] Terminología del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en *"Montero Mateos"*, sentencia de 5 de junio de 2018, C-677/16, apartado 64, ECLI:EU:C:2018:393.

CIBERSEGURIDAD Y DERECHO DEL TRABAJO. UN ANÁLISIS EN EL DERECHO COLOMBIANO Y ESPAÑOL [1]

Por

LIGIA YOLIMA CARRERO MONROY
Coordinadora de Formación para el Trabajo
Ministerio del Trabajo de la República de Colombia
Doctora en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona

ligiacarrero@gmail.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: Con el paso de los años y gracias a la rápida aparición de diversas innovaciones tecnológicas, ha crecido a la par la preocupación de las empresas para protegerse de los peligros que asumen al estar conectadas cada vez más y con tendencia a estar 100% en línea, de ser posible. Desarrollar sus negocios en la red y contar para ello con una política de ciberseguridad está en el centro del asunto.

Situación que plantea varios asuntos desde el punto de vista de responsabilidad jurídica: (i) la responsabilidad civil de la empresa proveedora del servicio sobre la custodia y adecuado uso de los datos del cliente y usuarios (ii) la responsabilidad del usuario sobre uso adecuado de la tecnología (iii) la responsabilidad del trabajador de la empresa proveedora del servicio (custodia y uso adecuado), (iv) responsabilidad ante autoridades administrativas (v) responsabilidad penal por incurrir en un delito por ingreso y uso de manera ilegal de esta información (vi) responsabilidad del estado por no prevenir el ataque.

Desde el ámbito laboral, la ciber seguridad tiene propósitos distintos aplicables a los extremos de la relación laboral. Para la empresa, se busca proteger toda la infraestructura informática, lo que incluye toda la información producida por una compañía, que se ha convertido en uno de los bienes más preciados. Por otro lado, para el trabajador estará la protección de sus derechos digitales, tales como la desconexión, la intimidad, negociación colectiva sobre derechos digitales laborales, protección de datos personales, entre otros, destinados a la salvaguarda de la dignidad del trabajador y mejora de las condiciones de empleo.

Al respecto resultan relevantes un conjunto de herramientas destinadas a reforzar el deber de confidencialidad que le corresponde a los trabajadores en el marco de su relación laboral, llegando hasta la utilización de pactos laborales clásicos como la permanencia, la exclusividad o la no competencia post contractual.

Presento un análisis de estas dos aristas en el presente texto, con especial interés en presentar una perspectiva del derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: ciberseguridad; derecho del trabajo; trabajo; contrato de trabajo; cláusula; seguridad; jurisprudencia; Colombia; España.

---

[1] Síntesis del epígrafe “4.2.8. Ciberseguridad” del cap. “4.2. La Fábrica algoritmo” de la Memoria para la colación del Grado de Doctora defendida por Ligia Carrero Monroy en la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona el día 24 de octubre de 2022. Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. Jordi García Viña. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de Barcelona.

SUMARIO: I. SEGURIDAD DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES. 1. Sobre la cláusula de permanencia. 2. Sobre la cláusula de no competencia post contractual y el secreto industrial. 3. Sobre la cláusula de confidencialidad y propiedad intelectual.- II. SEGURIDAD DE LOS DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR. 1. El abordaje legislativo. 2. El abordaje jurisprudencial.- III. LOS SISTEMAS DE COMUNICACIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL.

CYBERSECURITY AND LABOR LAW. AN ANALYSIS IN COLOMBIAN AND SPANISH LAW

ABSTRACT: Over the years and thanks to the rapid emergence of various technological innovations, companies have become increasingly concerned about protecting themselves from the dangers they face as they become more and more connected and tend to be 100% online, if possible. Developing their business on the network and having a cybersecurity policy is at the heart of the matter.

This situation raises several issues from the point of view of legal liability: (i) the civil liability of the company providing the service on the custody and proper use of customer and user data (ii) the responsibility of the user on the proper use of technology (iii) the responsibility of the employee of the company providing the service (custody and proper use), (iv) liability to administrative authorities (v) criminal liability for committing a crime for illegal entry and use of this information (vi) liability of the state for not preventing the attack.

In the labor sphere, cyber security has different purposes applicable to the ends of the labor relationship. For the company, the aim is to protect the entire IT infrastructure, including all the information produced by a company, which has become one of the most valuable assets. On the other hand, for the worker there will be the protection of his digital rights, such as disconnection, privacy, collective bargaining on digital labor rights, protection of personal data, among others, aimed at safeguarding the dignity of the worker and improving employment conditions.

In this regard, a set of tools aimed at reinforcing the duty of confidentiality that corresponds to workers within the framework of their employment relationship, including the use of classic labor covenants such as permanence, exclusivity or post-contractual non-competition, are relevant.

I present an analysis of these two aspects in the present text, with special interest in presenting a comparative law perspective.

KEYWORDS: cybersecurity; labor law; labor; employment; employment contract; clause; security; jurisprudence; Colombia; Spain.

SUMMARY: I. SECURITY OF TRADE SECRETS. 1. On the permanence clause. 2. On the post-contractual non-competition clause and the industrial secret. 3. On the confidentiality clause and intellectual property.- II. SECURITY OF THE EMPLOYEE'S PERSONAL DATA. 1. The legislative approach. 2. Jurisprudential approach.- III. COMMUNICATION SYSTEMS AND THEIR INFLUENCE IN THE WORK ENVIRONMENT.

I. SEGURIDAD DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES

En temas de ciber seguridad, el factor humano es el mayor elemento de debilidad para una empresa, en consecuencia, es el punto al que más se le brinda importancia, cuidado y vigilancia. Situaciones que, de cara al cambio hacia el trabajo en casa y uso de los medios telemáticos, han cobrado aún mayor importancia asuntos como el uso del correo electrónico corporativo, las aplicaciones permitidas por el empleador, el uso del equipo de cómputo suministrado por el empleador, capacitación constante para mantener actualizadas y completas las competencias de los trabajadores en este

aspecto, entre otros. Todo dirigido a la protección de los activos de información de la compañía.

Empezando por los procesos de selección, se valoran las referencias de los candidatos en anteriores empleos donde tuvieron acceso y manejaron información sensible de las organizaciones, así como su formación y experiencia en este específico tema. Los reglamentos internos de trabajo, junto con los propios contratos de trabajo, contemplan obligaciones y sanciones al trabajador ante la utilización negligente de la información de la empresa, causales de terminación del contrato de trabajo por incumplimiento de las políticas de ciberseguridad, obligaciones del trabajador sobre entrega de información, credenciales de ingreso, correo electrónico, documentos digitales a la terminación de la relación laboral, la revocatoria de permisos de acceso por incumplimiento de las directrices de uso de datos y su consecuente terminación de contrato, eliminación de cuentas de usuario al finiquitar la relación laboral, obligación de capacitación del trabajador en los temas que el empleador dispone, para actualizar o complementar los conocimientos respectivos.

La normativa laboral ha detallado el tratamiento de estos asuntos mediante la creación de cláusulas dentro de los contratos de los trabajadores sobre el cumplimiento de la política informática de la compañía, confidencialidad y reserva de información, cláusulas de exclusividad, estabilidad reforzada, hasta exoneraciones de responsabilidad en los términos de condiciones para uso de los servicios de computación en nube.

A la relación de trabajo se llega a través de dos vías: la del acto jurídico y la del hecho jurídico, es decir, en el primer caso a través de un acuerdo de voluntades realizado entre empleador y trabajador, destinado a formalizar la prestación personal de los servicios del segundo a favor del primero. En segundo lugar, la relación surge de una presunción legal derivada de la prueba sobre la prestación personal del servicio.

Por ello, cuando las partes han formalizado la relación laboral a través de un contrato de trabajo, estamos ante la vía del acto jurídico y es mediante un acuerdo de voluntades que se disponen las cláusulas que compondrán los alcances del contrato de trabajo. Dicho contrato de trabajo, en muy raras ocasiones, es redactado por una mano distinta que la del empleador y, en consecuencia, se trata de un contrato de adhesión, lo que, al momento de un litigio, tiene un conjunto de implicaciones para tener en cuenta, especialmente relevantes en lo que puede llegar a contemplarse con tal de garantizar la ciber seguridad en una compañía.

Un contrato de adhesión se caracteriza porque son *"acuerdos cuyos términos son impuestos a una de las partes sin que esta tenga la posibilidad de discutir las condiciones bajo las cuales se obliga"*, así lo entiende la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-795 de 2008 (Sentencia T-795, 2008), con ponencia del

Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto. Esta situación se resalta de manera importante en el derecho laboral, ya que, por definición, es una de las partes (empleador) el que cuenta con la facultad de imponer condiciones a la otra sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar para la prestación personal del servicio de la otra (trabajador). Pero, entonces, ¿cuál es el límite del empleador tiene para imponer cláusulas en los contratos de trabajo con tal de garantizar la ciber seguridad y uso de sus datos personales?

Para amparar al trabajador de la imposición de cláusulas abusivas en los contratos de trabajo, el Derecho del Trabajo ha creado diferentes disposiciones legales que buscan limitar la libertad de configuración contractual laboral del empleador. Lo propio ha hecho el derecho comercial para proteger a los empleadores.

Todo esto es claro desde el punto de vista del trabajo típico, al que se llega por el acto jurídico, con subordinación jurídica, prestación personal del servicio y remuneración, enmarcado todo en el contrato de trabajo.

En el caso de los trabajadores semi típicos y atípicos[2], que no están sujetos *per se* a las cláusulas tradicionales que paso a estudiar, las medidas de ciberseguridad terminan por ser impuestas en el marco del principio de la autonomía de la voluntad y en contratos civiles de adhesión. De esta manera, la variedad y alcance de la ciberseguridad es esencialmente ilimitada y apenas la protección de los derechos fundamentales a la intimidad o a la protección de datos personales se le oponen.

1. Sobre la cláusula de permanencia

El derecho a la estabilidad laboral y a la estabilidad laboral reforzada, provienen del principio protector del trabajador que irradia todo el derecho laboral y, en virtud de este, se dicta que la relación laboral va a permanecer en el tiempo, en tanto, las causales que le dieron origen tengan vigencia. Se trata entonces de una figura tendiente a proteger al trabajador de la decisión del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y, en consecuencia, amparar su expectativa legítima de la continuidad del vínculo laboral.

Del otro lado de la relación laboral, encontramos los mecanismos que el empleador utiliza para limitar la capacidad del trabajador de rescindir el contrato de trabajo y que generalmente toma forma en la cláusula de permanencia.

Son varias las razones por las cuales se incluyen estas cláusulas, pero generalmente ocurre cuando se trata de trabajadores con competencias específicas que la compañía

[2] Para más detalle sobre la clasificación del trabajo propuesta por la autora, especialmente sobre el trabajo típico, semi típico y atípico, este último grupo considerando únicamente al trabajo digital, se puede consultar el capítulo 5 de su tesis doctoral titulada “Asimetrías iuslaborales en el mundo moderno. Un análisis a las formas atípicas de contratación en el derecho laboral”, en cita previa.

espera mantener por cierto tiempo, hasta tanto, consideran que el costo de oportunidad de la contratación del trabajador se encuentra cubierto o que las labores desarrolladas por este, le brinden cierta ventaja competitiva o estabilidad dentro de sus operaciones que deseen mantener, dada la alta rotación de personal de cualificación específica que se presenta hoy en día.

También sucede en el caso de trabajadores que, en el marco de procesos de capacitación empresarial o préstamos de estudios brindados a este por la empresa, se hayan adquirido un conjunto de competencias específicas destinadas a los procesos propios de la compañía y cuya inversión desean ver reflejada en su desempeño dentro de la empresa.

Finalmente, esta cláusula se utiliza para proteger la seguridad de la información de la empresa, es decir, para limitar la posibilidad que tiene el trabajador de abandonar el empleo luego de alcanzar una competencia específica u obtener información privilegiada, migrando a otra empresa o creando una propia; cláusula que casi siempre se acompaña de la de no competencia post contractual.

Este pacto es válido, de tal manera que, en caso de que el trabajador desee incumplirla, proceda al pago de una indemnización pactada, aunque tratándose de un contrato de adhesión, procedería el pago de la indemnización tasada por el empleador y su interpretación podría dar para un debate jurídico complejo.

Ahora bien, esta no es una norma global. En Colombia, existía un artículo del Código Sustantivo del Trabajo que disponía una cláusula de permanencia general aplicable al trabajador en caso de renuncia intempestiva[3], pero esta norma desapareció con la Ley 789 de 2002 que modificó este artículo, eliminando el numeral 5° antes transcrito.

De esta manera, en Colombia un trabajador puede renunciar cuando así lo desee y no está permitido el establecimiento de una cláusula de permanencia general con la que se sancione al trabajador por su renuncia, pero sí está permitido pactar una limitación temporal para que el trabajador pueda hacer uso de su facultad de renuncia, cuando se trate de, por ejemplo, préstamos de estudios; ya que en este caso existe una situación que justifica la limitación de la posibilidad del trabajador para terminar el contrato de trabajo.

En España ocurre algo distinto, ya que el numeral 4° del artículo 21 del Estatuto de Los Trabajadores contempla:

---

[3] Dictaba el art. 64 de la Ley 50 de 1990: "*Terminación unilateral del contrato sin justa causa. (…) 5. Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario. El empleador podrá descontar el monto de esta indemnización de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales. En caso de efectuar el descuento depositará ante el juez el valor correspondiente mientras la justicia decida."*

> *"4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios."*

Así las cosas, existe una diferencia esencial entre ambas legislaciones que, de alguna manera corresponde a diferencias del mercado laboral mismo de dichas naciones.

En Colombia los procesos de formación en empresa y la posibilidad de recibir formación específica y especializada por parte del empleador, generalmente se reduce a algunas de las más grandes empresas del país, ya que no se cuenta con una cultura empresarial fuerte orientada a la formación del talento humano, teniendo en cuenta además la composición del tejido empresarial en Colombia, mayoritariamente conformada por micro y pequeñas empresas. Además de esto, Colombia es un país con una alta informalidad laboral nacional, que entre julio y septiembre de 2021 alcanzó el 48%, según reporta el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), esta cifra bajó en algunos períodos de 2020 a raíz de la directa destrucción de empleos informales causada por la pandemia del coronavirus COVID 19.

Por lo descrito, una mínima fracción de la población económicamente activa en Colombia accede a procesos de formación que pudiesen requerir de la existencia de una cláusula general nacional de permanencia.

De otra parte, en el caso español, la cláusula o pacto de permanencia, se encuentra contemplada en el numeral 4° del art. 21 del ET y tiene varios ingredientes normativos a considerar que habrán de cumplirse para darle aplicación efectiva, así:

- Que el trabajador reciba una especialización profesional, que no es un curso corto, sino que debe ser una formación que le lleve a una cualificación y efectivamente le brinde al trabajador un elemento para su progresión profesional.

- Que la formación sea pagada en su totalidad por el empleador, sin que el tiempo destinado para ella deba o no coincidir con la jornada de trabajo.

- Que el pacto de permanencia no se extienda más allá de los dos años posteriores a la finalización de la formación recibida. Es decir, no se permite extensión mayor de este tiempo ni maneras distintas de contabilizarle, para garantizar al trabajador la libertad de trabajo y el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

- La finalidad de la cláusula de permanencia debe estar orientada a que el trabajador, a través de esa formación o como consecuencia de esta, cuente con las competencias necesarias para adelantar algún proyecto dentro de la empresa o realizar un trabajo específico. De esta manera, se garantiza la pertinencia de la formación obtenida y el cumplimiento de metas dentro de la compañía, justificando precisamente la existencia de la permanencia del trabajador por su especial cualificación y experiencia.

- Se trata de un pacto formal, que exige sea realizado por escrito en el texto mismo del contrato de trabajo o un anexo a este. De esta manera, las condiciones de tiempo, modo y lugar quedan expresamente pactadas y constituyen un elemento de prueba que brinde alguna claridad en el caso de eventuales controversias en su aplicación e interpretación.

- Las condiciones en que debe realizarse este pacto implican la posibilidad de que el trabajador haga parte de la negociación de las condiciones. Este elemento, a mi parecer, resulta de difícil cumplimiento precisamente por la posición de negociación que tiene el empleador respecto del trabajador, quien a no ser que se trate de una persona con gran poder de negociación debido a sus especiales circunstancias (altos cargos, competencias altamente técnicas, por ejemplo), deberá firmar a un documento más que de discusión, de adhesión.

- Se cuenta con una carga de la prueba asignada directamente al empleador, en caso de duda sobre la formación especializada recibida. De tal manera que compete a este probar el valor técnico de la formación brindada para soportar la validez del pacto de permanencia mismo.

- No hay una limitación en cuanto al tipo de contrato sobre el cual resulta viable que se celebren estas cláusulas, siendo aplicable a contratos temporales o a prácticas, volviendo al punto mencionado anteriormente, sobre la baja capacidad negocial de un trabajador con contrato temporal o uno que apenas está empezando su vida laboral.

- La tasación de la indemnización por los daños y perjuicios que el trabajador causare en el caso de un incumplimiento del pacto de permanencia es un asunto que tiene dos posibilidades. O se tasa de manera anticipada dentro de la cláusula o será definida de manera previa en el pacto mismo, caso en el cual el empleador le dará un valor unilateralmente, o posteriormente por las partes (acuerdo directo o conciliación) o mediante decisión de un tercero (árbitro o juez), según corresponda. Esta situación nuevamente plantea algunos interrogantes,

esencialmente sobre cómo establecer tales daños y perjuicios.

Se trata de dos abordajes normativos distintos, para contextos sociales y laborales disímiles.

2. Sobre la cláusula de no competencia post contractual y el secreto industrial

Con el propósito de proteger los intereses competitivos de la empresa, se han creado e impuesto cláusulas destinadas a limitar las posibilidades de un trabajador para emplearse en la competencia, lo que afecta el derecho constitucional de libertad del trabajo, por lo tanto, su inclusión y validez en el marco de un contrato de trabajo, dependen directamente de un juicio de proporcionalidad sobre su alcance y uso. Otro será el alcance cuando se les interpreta mediante el derecho civil o comercial, en el marco del trabajo semi típico o atípico de trabajadores digitales.

Centrándonos en el trabajo típico, en Colombia el artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo texto corresponde al artículo 45 del Decreto 2663 de 1950, contemplaba en su versión original de 1950:

> *"Articulo 44. Cláusula de no concurrencia. La estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su empleador, una vez concluido su contrato de trabajo no produce efecto alguno. Sin embargo, es válida esta estipulación hasta por un año cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas, en cuyo caso debe pactarse por el periodo de abstención, una indemnización, que en ningún caso puede ser inferior a la mitad del salario." (Tacha ajena al texto original)*

Fue mediante sentencia del 18 de julio de 1973, la disposición tachada fue declarada inexequible por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Esta norma contemplaba la posibilidad de pactar una cláusula de no competencia post contractual para estipulación hasta por un año de esta cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas[4].

[4] Con Ponencia del Magistrado doctor José Gabriel de la Vega, la Corte argumentó para ello:

"(…) ***Nótese que el texto impugnado no alude a secretos industriales o a deber de reserva y ni siquiera a la necesidad de que las actividades prohibidas sean similares a las ejercidas por los patronos, como condiciones de aplicación; lo que priva de pertinencia a las razones que se glosan. Pero aún si se admite que esa hipótesis de daño es verosímil, su correctivo adecuado no radicaría en desconocer una obligación constitucional.*** *El derecho laboral consagra medidas enderezadas a precaver tales peligros durante el contrato (V. Arts. 55, 56, 58-2º, 62-A6º y 8º, 250 C, etc. C.S.T.). el Código Penal define actos de esa suerte como delitos y los sanciona. (Art. 280 y 307), y las legislaciones civil y comercial permiten deducir responsabilidad*

Es así como, para la fecha de la toma de la decisión judicial, la Constitución Política de 1886 consagraba la obligación de trabajar y la limitación de dicha obligación por una norma de menor jerarquía, se consideró inconstitucional.

Por otro lado, no consideró la Corte en su momento que la finalidad a la cual asumió se destinaba dicha disposición, que era *"impedir que aquellos [los trabajadores] divulguen secretos o procedimientos industriales o informaciones en general, de naturaleza reservada, cuyo conocimiento por terceros sea susceptible de causar perjuicios al empleador",* fuera legítima y necesaria, por existir otras medidas suficientes para evitar que ello ocurriese.

Así las cosas, en el marco de su relación laboral el trabajador puede tener acceso a información que constituya secreto empresarial y, a pesar de no existir en Colombia una cláusula de no competencia post contractual, existe diferente normatividad laboral, comercial y penal que castiga el uso indebido de la información considerada como secreto empresarial, como puede verse en la sección dedicada a la cláusula de confidencialidad.

En España, el art. 21, numeral 2, permite bajo ciertas reglas la celebración de las cláusulas de no competencia post contractual, de la siguiente manera:

> *"Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa.*
>
> *(…)*
>
> *2. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:*
>
> *a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.*
>
> *b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada."*

Conforme a dicha norma, en España esta cláusula es procedente, tiene duración máxima pero no mínima, se requiere contar con un efectivo interés industrial o comercial a proteger mediante este pacto y que al trabajador se le garantice una compensación económica adecuada al tiempo que limita su derecho a trabajar y, en consecuencia, limita sus ingresos económicos. Ahora bien, ¿cómo realizar un cálculo para que dicho pago resulte "adecuado"? esto se encuentra abierto a los acuerdos y análisis que al

---

pecuniaria por tales causas. (V. señaladamente, arts. 75-6º y 9º, 76, etc. C. Com. y Ley 155 de 1959, etc.). (Sentencia Corte Suprema de Justicia - Sala Plena, 1973) Vale la pena mencionar que, para la fecha en que se realizó dicho pronunciamiento, estaba en vigencia la Constitución Política de Colombia de 1886. La carta magna imperante en la actualidad es la Constitución Política de 1991.

respecto realicen el trabajador y el empleador, pero en caso de existir discrepancias al respecto, acudirán a los Tribunales Sociales para resolverlas.

Los marcos supranacionales de regulación del trabajo, tales como la Unión Europea o la Comunidad Andina de Naciones, han respondido a la dinámica económica de la globalización y apertura económica internacional que demanda la igualdad en la movilidad tanto de mercancías como de personas.

En ese sentido, normativa y jurisprudencialmente, se han abierto las posibilidades para considerar que este pacto puede celebrarse conforme a la normatividad del país donde se ejerce la subordinación propia del contrato de trabajo, dando paso a las teorías de territorialidad relativa, conforme a las cuales no es el lugar de celebración del contrato de trabajo el que rige la norma aplicable al caso concreto, sino que son las circunstancias que van rodeando la ejecución del mismo aquellas que dictan este asunto de aplicación de la ley en el espacio.

Es posible entonces que, por ejemplo, en casos de altísima cualificación del trabajador y el gran interés empresarial que suscite un asunto, se pacte una cláusula de no competencia post contractual a nivel global, por rama de actividad económica, o por regiones; esto en tanto se cumpla con los demás requisitos que contempla cada normatividad, especialmente la proporcionalidad entre el interés empresarial a proteger y la limitación que el trabajador sufre por cuenta de esta situación. Serán los jueces quienes tengan la batuta en el alcance y evolución de esta cláusula en un mundo laboral donde los algoritmos y los bienes intangibles son el centro de los más grandes secretos empresariales.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la cláusula de no competencia post contractual está referida, en su gran mayoría, en el marco de la regulación de las relaciones laborales típicas, regidas por un contrato de trabajo, basándose en la libertad contractual amplia que rige los contratos civiles y comerciales, se podría pactar en situaciones tales como los trabajos por cuenta propia. En estricto sentido, el trabajo en todas sus formas está protegido por los principios constitucionales y la normatividad internacional aplicable en el marco de los bloques de constitucionalidad, de tal manera que se proteja la libertad de trabajo y este derecho fundamental sin importar la modalidad contractual utilizada para regular la actividad laboral.

En todo caso, las demás limitaciones civiles, comerciales, administrativas y penales que rigen asuntos tales como el secreto empresarial, seguirán dando amplio margen de protección a los bienes intangibles de la empresa, limitando la capacidad de trabajo y competencias que el trabajador adquiere por causa o con ocasión de la labor adelantada y que por ello hacen parte de su patrimonio intelectual, la cual podrá ejercer libremente en el marco de su derecho fundamental al trabajo.

Una vez más, la innovación y su rápido avance en el mercado laboral a través de múltiples campos, tienden a plantear preguntas o retos para este tipo de instituciones jurídicas. Puntualmente en este caso, se genera una presión importante sobre la movilidad funcional de los trabajadores en variadas áreas, impidiendo el crecimiento económico de paso. En los Estados Unidos este asunto está tomando relevancia y se han impulsado normas para prohibir la suscripción de tales cláusulas.

El pasado 8 de enero de 2021, el Consejo del Distrito de Columbia publicó el proyecto normativo[5] que busca la prohibición de la celebración de tales cláusulas en los contratos

[5] Dice el proyecto de norma en los apartes pertinentes:

"Disposición de no competencia" significa una disposición de un acuerdo escrito entre un empleador y un empleado que prohíbe que el empleado sea simultánea o posteriormente contratado por otra persona, realizando un trabajo o proporcionando servicios por cuenta propia o ajena. El término "disposición de no competencia" no incluye:

(A) Una cláusula que restrinja al empleado de divulgar información confidencial, patentada o sensible del empleador, lista de clientes, o un secreto comercial, como se define ese término en la sección 2 (4) de la Ley Uniforme de Secretos Comerciales de 1988, vigente desde el 16 de marzo de 1989 (Ley 7-216 de D.C.; Código Oficial de D.C. § 36-401 (4));

(…)

Sección 102. Derechos y restricciones de no competencia.

(a) Ningún empleador puede exigir o solicitar que un trabajador firme un contrato que incluya una cláusula de no competencia.

(b) Una cláusula de no competencia contenida en un contrato que se incluyó después la fecha de aplicabilidad de este título entre un trabajador y un empleador será nula por virtud legal e inaplicable.

(c) Ningún empleador puede tener una política en el lugar de trabajo que prohíba a un trabajador:

(1) Ser empleado por otra persona;

(2) Realizar trabajo o proporcionar servicios a cambio de pago para otra persona; u

(3) Operar un negocio propio del trabajador.

(d) Ningún empleador puede tomar represalias o amenazar con tomar represalias contra un trabajador por:

(1) La negativa del trabajador a aceptar una cláusula de no competencia;

(2) El supuesto incumplimiento del trabajador de una cláusula de no competencia o una política del lugar de trabajo declarada ilegal conforme a este título;

(3) Preguntar, informar o quejarse sobre la existencia, aplicabilidad o validez de una cláusula de no competencia o de una política del lugar de trabajo que el trabajador crea razonablemente está prohibido bajo este título a cualquiera de los siguientes:

(A) Un empleador, incluido el empleador directo del trabajador;

(B) Un compañero de trabajo;

(C) El abogado o agente del trabajador; o

(D) Una entidad gubernamental; o

(4) Solicitar al empleador la información que debe proporcionarse al trabajador de conformidad con la subsección (e) de esta sección.

de trabajo, prohibiendo también que un empleador tome represalias o amenace con tomar represalias contra un trabajador por negarse a aceptar una cláusula de no competencia, sanciones por el incumplimiento de la cláusula o por no aceptar la política de no competencia del empleador, entre otros asuntos. (Council of the District of Columbia, 2021). Esta norma tendría dentro de su ámbito de aplicación territorial al área de la capital completa (Washington) y parte de los estados de Maryland y Virginia, además de una pequeña porción de Virginia Occidental.

A pesar de su amplio margen en el ámbito de aplicación personal, se presentan exclusiones expresas a los destinatarios de la norma[6].

De esta manera, el Distrito de Columbia en Estados Unidos busca eliminar las cláusulas de no competencia post contractual, limitando su alcance a los empleados remunerados y amparando los acuerdos de confidencialidad de las empresas, como medida para proteger en todo caso la propiedad industrial.

Esto se refleja en casos representativos de esta necesidad de cambio, tales como los de trabajadores de servicios de comida y mecánicos que han sido obligados a firmar estas cláusulas, generando sin duda una grave afectación a estas personas que, sin mayor manejo de información confidencial o valiosa que resulte jurídicamente relevante amparar, terminan sus vínculos laborales con la imposibilidad de ejercer la ocupación para la cual son competentes (Berry, 2021).

(e) (1) Un empleador proporcionará a un trabajador a su servicio, el texto del párrafo (2) de este inciso por escrito, a más tardar:

(A) Noventa días calendario después de la fecha de aplicación de este título;

(B) Siete días calendario después de que una persona se convierte en trabajador del empleador; y

(C) Catorce días calendario después de que el empleador reciba una solicitud por escrito para tal declaración del trabajador.

(2) Ningún empleador que opere en el Distrito de Columbia puede solicitar o exigir a cualquier trabajador que trabaje en el Distrito de Columbia bajo condición de aceptar una política de no competencia o acuerdo, de conformidad con la Ley de enmienda de la prohibición de acuerdos de no competencia de 2020."

[6] La norma define "trabajador" de la siguiente manera:

"(2) "Trabajador" significa una persona que realiza un trabajo en el Distrito a nombre de un empleador, así como de cualquier posible trabajador que un empleador anticipa razonablemente, realizará trabajo en nombre de este en el Distrito; este término no incluirá:

(A) Un individuo que, sin pago y sin expectativa de pago alguno, de manera directa o indirecta, o voluntaria, participa en las actividades de una organización educativa, caritativa, religiosa o sin fines de lucro;

(B) Un miembro laico elegido o designado para un cargo dentro de la disciplina de cualquier organización religiosa y que se dedique a funciones religiosas;

(C) Una persona empleada como niñera ocasional, en o cerca de la residencia del empleador; o

(D) A médicos especialistas"

Otra es la situación que se presenta en el Reino Unido. Existe un proyecto de reforma impulsada por el Gobierno que busca realizar una reforma a estas cláusulas de no competencia post contractual (Dechert LLP, 2021). Como sucede en el resto del mundo, este tipo de cláusulas tiene el propósito de prevenir al trabajador de unirse a la competencia de su empleador, pero para que esta disposición resulte procedente, es necesario que busque de manera clara y directa la protección de los intereses legítimos del empresario y, por lo mismo, tener claridad en sus términos de tiempo, modo y lugar.

Es así como, para el uso de esta cláusula, el empleador también deberá ser capaz de comprobar ante los estrados judiciales, que no dispone de otro medio de defensa judicial o cualquier otro tipo de restricción contenido en el ordenamiento legal, que resulte idóneo o suficiente para proteger los intereses de su compañía.

El 4 de diciembre de 2020, el Gobierno del Reino Unido (Departament for Business, Energy and Industrial Strategy, 2020) lanzó una consulta pública relacionada con la prohibición de las cláusulas de exclusividad para trabajadores de bajos ingresos y una reforma de la ley sobre cláusulas de no competencia post contractual. Estas propuestas están diseñadas para apoyar la recuperación económica del impacto del COVID-19, pero como consecuencia podrían significar cambios en el horizonte para los derechos de los trabajadores.

Las propuestas sobre la reforma a la cláusula de no competencia post contractual se centran en:

> **a) Opción 1.** Compensación obligatoria: las cláusulas de no competencia serían procedentes solo cuando el empleador proporcione una compensación por el período en que la persona está restringida de ejercer su trabajo, bien sea para la competencia del ex - empleador o de empezar su propio negocio. Esto disuadiría a los empleadores de imponer cláusulas de no competencia cuando no sea necesario o por un período de tiempo irrazonable.
>
> b) “Medidas complementarias”: incluirían un requisito para que los empleadores revelen los términos de la cláusula de no competencia al empleado antes de que comience el empleo, y un límite legal sobre la duración de las restricciones de no competencia.
>
> **c) Opción 2.** Prohibición de las cláusulas de no competencia: el gobierno también está considerando una prohibición completa del uso de cláusulas de no competencia. Esta propuesta se está explorando sobre la base de que puede proporcionar una mayor certeza para todas las partes y potencialmente aumentaría la movilidad laboral, lo que, a su vez, podría mejorar la eficiencia del mercado laboral a medida que las habilidades y algoritmo.

3. Sobre la cláusula de confidencialidad y propiedad intelectual

Esta cláusula, que persigue proteger el bien más importante en las empresas hoy en día, la información, tiene dos finalidades destacables: limitar el acceso a la información y responsabilizar por la custodia de aquella.

En primera medida, esto implica una adecuada formación del trabajador en cuanto al uso de los sistemas de información a los que tendrá acceso, especialmente debido a la responsabilidad que asume al acceder a esta y, en consecuencia, de hacer adecuado uso y custodia de tal.

Dentro de tales medidas se encuentran actualmente vigentes, el deber de ejecución de buena fe del contrato de trabajo, la obligación de obediencia y fidelidad del trabajador para con el empleador, las obligaciones especiales del trabajador, dentro de las que se encuentra la de no comunicar a terceros, salvo autorización expresa, las información que tenga sobre su trabajo, principalmente las que sean de naturaleza reservada y puedan ocasionar perjuicios al empleador; la causal de terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, en caso de que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o que dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa, últimos que el empleador debe probar.

La pérdida del derecho al pago del auxilio de cesantía cuando el contrato termine porque el trabajador haya revelado los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa, lo que en este último caso significa para el empleador, la posibilidad de abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida, de tal manera que el perjuicio debe demostrarse ante los estrados judiciales.

Sobre la pérdida del pago al auxilio de cesantía, hay que mencionar que en Colombia mediante la Ley 50 de 1990 se modificó sustancialmente el régimen de liquidación y pago del auxilio de cesantía, pasando de un sistema de liquidación retroactivo efectuado a la terminación del contrato de trabajo, a un mecanismo de liquidación anual y definitiva, según el cual cada año a más tardar el 15 de febrero del año siguiente al año de causación del derecho, el empleador debe consignar al trabajador el auxilio de cesantía en una cuenta individual que este elija.

De esta manera, la sanción de pérdida del pago del auxilio de cesantía que contempla actualmente el Código Sustantivo del Trabajo para el trabajador que haya revelado los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa, es sustancialmente menor a la que originalmente se contempló, ya que solamente podrá abstenerse al pago de las cesantías que estuviesen pendientes de pagar al momento de la terminación del contrato, pues

aquellas que ya se encuentren consignadas en la cuenta del Fondo de Cesantías, hacen parte del patrimonio del trabajador.

De otro lado están las normas comunitarias a las cuales Colombia se encuentra inscrita en virtud de ser miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

Estas regulaciones tienen una característica especial en el ordenamiento jurídico colombiano, que las distingue de las normas dictadas por otros Organismos Internacionales. Esto debido a que se rigen por los principios de preeminencia y aplicación directa, lo que le otorga el carácter de supranacional al derecho comunitario[7].

Sobre el tema objeto de estudio, se encuentra la Decisión 486 de 2000 también conocida como el Régimen Común sobre Propiedad Intelectual de la CAN, en cuyo art. 260 contempla la definición del secreto empresarial[8].

En Colombia, mediante el art. 16 de la Ley 256 de 1996 se tipifica como violación de secretos empresariales[9] y como acciones ante la comisión de actos de competencia

---

[7] Sobre el principio de preeminencia que distingue al derecho comunitario, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado en la Sentencia C-234-19 lo siguiente, al referirse a la aplicación del Derecho Comunitario Andino con ocasión de demandas y/o juicios automáticos de constitucionalidad:

"(i) el derecho comunitario goza de preeminencia o preferencia sobre el derecho interno y su aplicación es directa, "porque a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerle determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión." (ii) La competencia del Legislador colombiano sobre materias objeto de regulación por la Comunidad, siguiendo el criterio planteado por el Tribunal de Justicia Andino en la interpretación prejudicial solicitada, atiende al principio de "complemento indispensable", esto es, se sujeta a aspectos que se requieran para la correcta aplicación de las normas comunitarias."

[8] Dicta que "Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios."

[9] Artículo 16. Violación de secretos. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el art. 18 de esta Ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

desleal se consagran la acción declarativa y de condena, así como la acción preventiva o de prohibición.

Dándole una mirada internacional al asunto, las cláusulas de confidencialidad persiguen lo que todas las medidas existentes para gestionar la ciber seguridad de las empresas, la protección de la información a la que acceden los trabajadores y cualquier otra persona que accede a la misma, sin importar la naturaleza del vínculo que les une.

El secreto industrial es, entonces, el bien jurídicamente tutelado a través de las cláusulas de confidencialidad. Pero ¿qué tanto de una invención es propiedad de un trabajador y qué tanto de la empresa?, esto remite a las normas sobre derechos de autor y derecho de patentes en el marco de las relaciones laborales.

Contrario a lo que suele pasar con otro conjunto de asuntos, tales como las garantías laborales a favor de los trabajadores, en este caso las regulaciones destinadas a proteger los intereses de las empresas están desarrollados para los casos donde personas naturales ejecutan la prestación de un servicio, bien sea a través de relaciones comerciales o relaciones laborales.

Sobre el panorama de las invenciones realizadas por personas naturales en el marco de las relaciones laborales, se les distingue en 3 clases: invenciones de servicio absolutas, invenciones de servicio relativas e invenciones libres (Salgado Miranda, 2006).

En el primer grupo de las invenciones de servicio absolutas, se encuentran aquellas invenciones que resultan directamente del encargo para el cual el trabajador-inventor ha sido contratado.

Por otro lado, están las invenciones de servicio relativas, que son aquellas a las que se llega de manera relacionada con las funciones del trabajador, sin estar expresamente comisionadas por el empleador, pero en las cuales confluyeron recursos de información, infraestructura o recursos económicos del empleador.

Finalmente, las invenciones libres son aquellas que alcanza el trabajador - inventor sin estar relacionadas con sus obligaciones laborales y sin intervención alguna de los recursos del empleador.

La respuesta jurídica a cada una de estas invenciones es distinta según la nación donde se estudie, pero generalmente sucede que, en el primer caso, de las invenciones de servicio absolutas, los derechos morales están en cabeza del trabajador, pero los derechos patrimoniales están en cabeza del empresario. Pero también se presenta que, como en el caso de Ecuador (Salgado Miranda, 2006), sea la empresa directamente la entera propietaria de los derechos morales y patrimoniales.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el art. 2º de esta Ley.

Se entiende entonces, que en el marco de la relación laboral y por cuenta de la existencia de una compensación económica que sustenta el ejercicio de la labor, el salario recibido por el trabajador, la regla general comparada para las invenciones de servicio absolutas y relativas, es que el trabajador puede, en el mejor de los casos, contar con la titularidad de los derechos morales de la invención, pero no tiene cabida en lo que corresponde a los derechos patrimoniales, en consecuencia no tiene ningún tipo de acceso a las ganancias económicas percibidas por la invención alcanzada.

Esto incluso sucede por virtud legal expresa y no se requiere de contar con una cláusula dedicada a ello dentro del contrato de trabajo, aunque es usual que las compañías refuercen esta disposición dentro de su texto con ejemplos tales como el de los *"shop rights",* utilizados en Estados Unidos (Singer, 2013).

Finalmente, frente a las invenciones libres, la regla general es que tanto los derechos morales como los patrimoniales corresponden al trabajador, con la excepción de las cláusulas generales de los contratos de trabajo y las ya mencionadas *"shop rights"* que incluso pueden entregar a la empresa la propiedad de la invención, en tanto se haya llegado a estas relacionadas con las actividades del empleador (Salgado Miranda, 2006).

La regulación de las invenciones realizadas por seres humanos tiene una regulación amplia y conocida, pero los avances de la tecnología han presentado sobre la mesa la inquietud sobre qué sucede con las invenciones resultantes de los algoritmos, robots o inteligencia artificial que, al carecer de personería jurídica, aún siguen siendo de propiedad absoluta de sus propietarios, claro que la posibilidad de patentar un algoritmo también resulta discutible, teniendo en cuenta que los algoritmos son fórmulas matemáticas, pero se trata de los asuntos que mayor valoración y evolución presentan en términos de producción industrial.

En Colombia, de conformidad con la norma comunitaria contenida en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, patentar un algoritmo es bastante complejo pero posible[10].

Pero esta norma general, en el caso de los algoritmos, resulta bastante limitado, ya que el artículo 15 de la misma norma, dicta que no se considerarán invenciones a:

> *"a) los descubrimientos, las teorías científicas y* ***los métodos matemáticos****;*
>
> *b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o*

[10] Sobre las patentes de invención dicta el art. 14 de dicha norma:

"Artículo 14.- Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto ***o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.****"* (Negrilla y subraya ajenos al texto original)

aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;

c) las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor;

d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;

*e) **los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales**; y,*

f) las formas de presentar información." (Negrilla y subraya ajenos al texto original)

Considerando que los algoritmos son fórmulas matemáticas, es un asunto de alta complejidad sin protección con patentes de invención. Pero, como lo recuerda Flórez Ulloa, *"el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), correspondiente al anexo 1 C del Acuerdo de Marrakech, suscrito por Colombia el 7 de agosto del 2009, establece con claridad que el software debe protegerse por el derecho de autor frente a su código de objeto y código fuente." (Flórez Ulloa, 2020)*

Ahora bien, sobre las invenciones que provienen de las máquinas, incluyendo en esta expresión a los algoritmos, inteligencia artificial y los robots, inicialmente se consideró a las máquinas los instrumentos a través de los cuales la capacidad intelectual de un ser humano era expresada en nuevos modos, pero hoy por hoy, en un mundo donde la inteligencia artificial evoluciona sola, sin intervención humana, a partir de cierto punto, y por ello se habrá de pensar en su papel como creadores.

Hasta ahora, como se mencionó anteriormente, se entiende jurídicamente que, al carecer de personalidad jurídica, las máquinas siguen siendo de propiedad absoluta de sus titulares, generalmente empresas, y que a fin de cuentas se trata de entidades que provienen de la actividad humana.

Pero cuando las invenciones de las máquinas no son producto directo de la actividad humana, ni tienen intervención alguna de un ser humano, las empresas que las crearon no tendrían posibilidad de reclamar la exclusividad en su uso, que es lo que resguarda una patente y, por lo tanto, no tener posibilidad de explotación económica, porque cualquier otra persona del mundo podría usarlos sin ninguna restricción.

Así las cosas, las invenciones de las máquinas pueden pertenecernos a todos, pertenecerle a la persona que interviene con la máquina o a la máquina misma. La última está descartada, ya que las máquinas no son sujetos de derechos ya que, simplemente, no son humanos.

II. SEGURIDAD DE LOS DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR

El aumento de las interacciones en línea y la intromisión del internet en cada una de las actividades de la vida es inevitable. En ese sentido, las actividades ocurridas dentro de la red son cada vez más complejas; por ello, la privacidad y el uso de datos personales obtenidos desde la web resulta un tema que cobra más y más interés con el paso del tiempo.

Por un lado, absorber la mayor cantidad de información de las interacciones en la red resulta vital para todo tipo de organizaciones, de tal manera que empiezan a aparecer regulaciones destinadas a la recolección y uso de datos. Desde la óptica del Derecho del Trabajo, esta regulación se destina a abordar los límites en los que el empleador puede hacer uso de la información que recolectan, producen o que es personal de los trabajadores.

Son esencialmente tres los elementos que abordaré sobre este tema en esta oportunidad, que son el tratamiento de datos personales, los datos biométricos en el trabajo, el derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías.

¿Está un trabajador en la obligación de permitir a la empresa grabar con la cámara sus movimientos en todo momento? ¿activar el dispositivo GPS del equipo de cómputo para dar a conocer su ubicación exacta? ¿está el trabajador en obligación de brindar su correo electrónico y número de teléfono personal para que la empresa realice todo tipo de notificaciones relativas a la relación laboral por estos medios? ¿hasta dónde puede el empleador vigilar el comportamiento en línea del trabajador?

Pues existen aproximaciones legislativas y jurisprudenciales diversas sobre este tema, que paso a exponer.

1. El abordaje legislativo

La normatividad a nivel global se ha preocupado por entender el alcance de internet y su aplicación para la garantía de los derechos humanos en diferentes ámbitos. Sobre el derecho a la privacidad del trabajador en el marco de la confidencialidad de las comunicaciones realizadas en el ejercicio de su labor. Resulta necesario recordar lo consagrado por los artículos 8[11] y 10[12] del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

[11] Artículo 8. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar

Para el propósito de este escrito, me adentraré en el alcance de la "correspondencia" profesional amparada por esta norma, que se detalla en el abordaje jurisprudencial que le ha definido de manera amplia[13].

Por otro lado, mediante la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, fueron dispuestas varias indicaciones relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

A rasgos generales, lo que se busca es balancear la dignidad humana del trabajador y su inherente derecho a la intimidad, entre otros, conductas propias de su condición de ser humano antes que trabajador, con el poder de subordinación del empleador que, como tal, le corresponde para dirigir la actividad laboral y de vigilancia en el marco de su poder disciplinario, de tal manera que la vigilancia es legítima en tanto sea necesaria, dirigida a un fin específico, abierta y clara, respetando los principios de adecuación, pertinencia y proporcionalidad. La jurisprudencia se encarga de brindarnos reglas derivadas de la aplicación de esta máxima normativa, como en el siguiente apartado se explica.

En España existen diversas normas relativas a la protección de la correspondencia, que incluye los correos electrónicos en el ámbito del trabajo. Primero está el artículo 18.3 de la Constitución Española que dispone el derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones[14].

económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

[12] Artículo 10. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o e para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."

[13] Ver sección sobre "**¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**".

[14] "Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Como ocurre en las demás legislaciones, a la par que se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia de las personas, también se reconoce la facultad del empleador para organizar el ejercicio del trabajo y su control, lo que incluye el correcto uso de las herramientas de trabajo tales como el correo electrónico y demás tecnologías de la información de las cuales se hace uso en el trabajo.

Dicta el Estatuto de los Trabajadores en su art. 20.3:

> *"Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral.*
>
> *(…) 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso. (…)".*

Con la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, se dispuso de un mecanismo para la Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y se dictó diferentes normas sobre la protección de datos en el marco de una relación laboral[15].

---

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

[15] *"Artículo 87. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.*

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.

2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.

3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores,

tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado."

Artículo 89. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

De esta manera, el uso de los datos personales en el ámbito laboral está limitado y se requiere, para su tratamiento, del permiso previo y expreso del trabajador. Tampoco puede dársele carácter de laboral a un elemento personal, como lo son el correo electrónico y el número de teléfono cuando son propios del trabajador.

En América Latina, específicamente en Colombia, el artículo 15 de la Constitución Política establece el derecho a la intimidad personal[16].

A su paso y siendo aplicable a las relaciones de trabajo por cuenta ajena, está el numeral octavo del art. 60 del Código Sustantivo del Trabajo, que enlista como una de las prohibiciones del trabajador la de *"Usar los útiles o herramientas suministradas por el*

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley.

Artículo 90. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.

2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

Artículo 91. Derechos digitales en la negociación colectiva. Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral."

[16] *"ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley."

empleador en objetos distintos del trabajo contratado." Y dentro de los útiles o herramientas de trabajo se encuentra el correo electrónico corporativo o institucional, esto es, el brindado por el empleador.

Ello implica que el estándar del uso adecuado para este elemento debe ser claramente descrito por el empleador mediante alguna de las fuentes formales de aplicación obligatoria del Derecho del Trabajo de Colombia, tales como el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo, el código de ética, etcétera. Y dicha directiva del empleador debe estar socializada y aceptada expresamente por el trabajador. De esta manera, debe darse clara descripción de cuáles son los objetos relativos al contrato celebrado, para de esta manera, distinguirlos de aquellos *"objetos distintos del trabajo contratado".*

Dicho estándar del empleador también debe encontrarse debidamente justificado, además de su capacidad subordinante, con un detalle claro del fin que se persigue y el alcance de la medida, limitándose por supuesto a la garantía del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y al buen nombre del trabajador.

Sumado a ello y para garantizar el derecho de habeas data se expidió la Ley Estatutaria 1581 de 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales" también conocida como Ley de Hábeas Data.

Esta norma regula el tratamiento de datos personales en diferentes aspectos. Allí también se define que, en el marco de las actividades laborales y sin límite, al tipo o naturaleza de la vinculación que ata a las partes, cuando en el ámbito propio de la actividad se produce el tratamiento de datos personales, ocurre lo que se denomina competencia jurídica implícita, conforme a la cual deben dar cumplimiento a la Ley ya mencionada y se consideran encargados y responsables del tratamiento de datos personales, recordando que la norma define como *"dato personal"* a *"Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables"*. Y en el marco de una relación laboral, sin importar la naturaleza de las partes, existe un tránsito importante de información personal.

Por lo tanto, en Colombia le está jurídicamente permitido al empleador disponer de mecanismos para el monitoreo, revisión y acceso a los correos electrónicos corporativos en el marco de la facultad disciplinaria que se deriva de la capacidad de subordinación jurídica brindada por la ley.

Otro caso de protección del derecho a la intimidad en Colombia, relacionado con el Derecho del Trabajo, es lo contemplado por la Ley 2157 de 2021 o Ley de "borrón y

cuenta nueva", la cual dicta que las empresas no pueden consultar el historial crediticio de las personas para fines laborales[17].

Por lo expuesto, desde el 29 de octubre de 2021 (fecha de publicación de la Ley en el nº 51.842 del Diario Oficial de la República), los empleadores de Colombia deben ajustar sus procesos de selección a esta norma. Ello incluye, por supuesto, aquellos casos donde las empresas matrices o los estándares internacionales disponen que se deba realizar dicha revisión, ya que por jerarquía normativa y el principio de territorialidad de la ley, habrá de darse cumplimiento estricto a esta normativa.

Este mandato fue redactado de manera amplia en la norma, pues se habla de la imposibilidad de utilizar la información de centrales de riesgo para tomar "decisiones laborales" siendo ello aplicable a las relaciones laborales vigentes y futuras, por cuenta propia o por cuenta ajena. Aplicando incluso con y sin intermediación de terceros en el proceso de la toma de la decisión. Esto resulta particularmente importante para las empresas que, en Colombia están dedicadas a realizar estudios de seguridad para la contratación de personas naturales. De esta manera, dichas empresas también son destinatarias de tal restricción, ya que precisamente brindan información para la toma de decisiones laborales.

En la historia del trámite legislativo de esta norma existe un dato a tener en cuenta por su directa relación con el problema de investigación aquí abordado. Durante su paso por el Congreso de la República, el entonces proyecto de ley tenía una excepción, conforme a la cual la prohibición transcrita anteriormente no aplicaba a los trabajadores del sector financiero, de tal manera que en dicha hipótesis los empleadores podrían consultar las centrales de riesgos para analizar a los potenciales candidatos que se encontraren en procesos de selección. Pero en la revisión automática ante la Corte Constitucional, esta dictó que:

> *"(…) 349.* ***La excepción que permite la consulta del dato negativo para la toma de decisiones laborales en el sector financiero, desconoce el derecho a la igualdad entre trabajadores formales****. Surge el interrogante de si la*

[17] Dicta el art. 5° de la Ley 2157, que modificó el parágrafo segundo del art. 10° de la Ley 1266 de 2008:

"Parágrafo 2°. La consulta de la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países por parte del titular, en toda ocasión y por todos los medios, será gratuita.

La revisión continua de esta información por parte del titular o usuario no podrá ser causal de disminución en la calificación de riesgo, récord (scorings-score), o cualquier tipo de medición, ni podrá alterar en nada los estudios financieros ni crediticios. **En ningún caso se podrá consultar esta información para fines de toma de decisiones laborales, y no podrá utilizarse para fines diferentes al análisis o cálculo del riesgo crediticio del titular del dato."** (Negrilla y subraya fuera del texto original)

> *prohibición de la consulta de información financiera y crediticia para fines de toma de **decisiones laborales**, debe extenderse a aquellas personas que aspiren u ostenten una **vinculación laboral** con el sector financiero, puesto que, para este último caso, el Legislador estatutario permitió al potencial o actual empleador la consulta del dato financiero con fines de toma de decisiones laborales. (…)" (Sentencia Sala Plena C-282, 2021)* (Negrilla y subraya ajenas al texto original)

Con los subrayados pretendo resaltar el hecho de que tanto la limitación que el proyecto de ley buscaba introducir, como el análisis de la Corte, se dirigen al sector laboral del trabajo típico y subordinado, dejando de esta manera en total invisibilidad al resto de los trabajadores que se pueden ver afectados por este tipo de medidas. Vale la pena aclarar que incluyo una sentencia en el apartado legislativo del tema, porque la misma realiza precisamente un control de constitucionalidad automático de las leyes estatutarias en Colombia, vale decirlo, es uno de los pasos obligatorios en la producción de leyes que, como ésta, son de rango estatutario. Los análisis jurisprudenciales *a posteriori*, se encuentran en el capítulo siguiente.

2. El abordaje jurisprudencial

Las nuevas tecnologías traen siempre nuevas preguntas en términos de adaptación normativa, para brindar un marco para su implementación, y sin duda, el ámbito del trabajo es uno de los que más impacto tiene en esta novedad. Al respecto, vale hacerse una pregunta concreta ¿está el trabajador en obligación de brindar su correo electrónico y número de teléfono personal para que la empresa realice todo tipo de notificaciones relativas a la relación laboral por estos medios?

La posibilidad de comunicación en tiempo real, desde cualquier lugar del mundo a través de internet, se ha convertido en una conexión permanente de las personas por medios electrónicos, y el trabajo es sin duda uno de tales escenarios y donde más se acude al correo electrónico, espacio virtual de comunicación laboral por excelencia, pero también un espacio personal donde se conjuga el uso de las cuentas privadas con fines laborales o viceversa. Además del correo electrónico, existe una cantidad de herramientas a las que se accede vía web y que son brindadas por el empleador, tales como el almacenamiento en nube, chat empresarial, videoconferencias, etcétera; todas herramientas de trabajo que, en ciertos momentos, llegan a tener uso personal.

De esta manera, el correo electrónico corporativo, es decir el suministrado por el empleador, se constituye en uno de los elementos de trabajo, más comunes, que actualmente recibe un trabajador cuando es contratado por una empresa para ser utilizado de forma adecuada y para el cabal cumplimiento de las funciones que, como tal,

le corresponden en el marco del principio de buena fe que rige el contrato de trabajo. Y esta misma herramienta de trabajo es, a su vez, un escenario de control y monitoreo del empleador que despliega en ejercicio de la potestad de control que como tal le corresponde en el marco de la subordinación jurídica propia de una relación de trabajo típica, subordinada o por cuenta ajena, o como un elemento necesario para la prestación de un servicio contratado de una persona que se desempeña en su beneficio por cuenta propia.

Del correo electrónico privado es titular quien recibe el servicio, siendo de uso estrictamente personal y lo cobijan las mismas garantías dispuestas para el correo tradicional, de papel; como tal, no puede ser manipulado, interceptado, intervenido o alterado de alguna forma sin autorización judicial.

Del correo electrónico laboral es titular el empleador que, le brinda acceso al trabajador para el adecuado cumplimiento de sus funciones y, en ese mismo contexto, cuenta con la capacidad de regular su uso adecuado. Por lo mismo, contaría con la capacidad de castigarlo conforme a las reglas que se dispongan a tal efecto específico o sobre la normatividad relativa al uso de las herramientas o útiles suministrados por el empleador al trabajador.

Esto se encuentra dispuesto esencialmente en el caso de las relaciones laborales por cuenta ajena, muy poco para las relaciones laborales por cuenta propia, considerando esencialmente que se trata de un tipo de contratos precisamente caracterizados por la autonomía técnica y administrativa del contratista, lo que incluye, *per se*, el uso de herramientas como el correo electrónico que serían propias del contratista.

Ahora bien, ¿qué se considera un uso adecuado de tales medios por parte del trabajador? ¿cuál es la frontera en el uso personal permisible de los elementos virtuales? y ¿hasta dónde llega el poder de vigilancia del empleador? La respuesta es brindada por la jurisprudencia en múltiples casos y naciones.

Desde hace varios años, antes de la existencia misma del correo electrónico, se abordaba la delimitación de la frontera en el uso adecuado de los medios de comunicación utilizados como herramientas de trabajo y la posibilidad de vigilancia y control sobre el mismo por parte del empleador, en elementos tales como el teléfono. En el caso Halford contra el Reino Unido (Sentencia 20605/92, 1997), estudiado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se analizaron las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), y en sus Protocolos por parte del Reino Unido, siendo este Estado parte de dicho Convenio, a causa de las interceptaciones realizadas por la Policía al teléfono del trabajo de la Sra. Halford.

Ocurrió que una ex agente de la policía de Merseyside, que denunció la discriminación de sexo, ya que le habían negado su candidatura para ascensos repetidamente, le fue interceptada su línea telefónica laboral para obtener información relevante que le permitiera a su empleador, la Policía de Merseyside, plantear su defensa. Al respecto, la Policía argumentó que, por tratarse de un teléfono del trabajo, no podía contar con autorización judicial para ello.

El análisis del Tribunal se centra en establecer si hubo o no violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar[18], concluyendo que efectivamente existió tal violación en diversos aspectos[19].

En el caso de Copland contra el Reino Unido, ocurrió que, en 1991 la Sra. Copland fue contratada por el Carmarthenshire College, que es un establecimiento de educación superior, siendo designada para el año 1995 como asistente personal del Presidente de dicho centro educativo y a finales del mismo año, se le llamó para trabajar con el nuevo Vicepresidente del centro educativo.

Recolectando diversos antecedentes jurisprudenciales[20], el Tribunal recuerda que los contratos de trabajo se encuentran regidos por el principio de buena fe, del cual también

---

[18] Sobre la incursión o no de una injerencia que viole el artículo mencionado para el caso concreto, el Tribunal expresó:

"Se deducía claramente de la jurisprudencia del Tribunal que las conversaciones telefónicas procedentes de locales profesionales, así como del domicilio, podían comprenderse en las nociones de «vida familiar» y de «correspondencia» del artículo 8.1.

No existe ninguna prueba de que se hubiese avisado a la señora Halford, como usuaria de la red interna de telecomunicaciones puesta en marcha en las oficinas de la policía de Merseyside, de que las llamadas entrantes en el sistema podían ser interceptadas. El Tribunal considera que se podía considerar de forma razonable este tipo de llamadas como de carácter privado. En consecuencia, el artículo 8 es aplicable a las denuncias que se refieren a los teléfonos del domicilio y del despacho." (Sentencia 20605/92, 1997)

[19] Sobre la privacidad de su línea telefónica laboral manifestó el Tribunal:

"Como ha reconocido el Gobierno, existe una probabilidad razonable de que la policía de Merseyside haya interceptado las conversaciones telefónicas que la señora Halford realizaba desde su despacho, posiblemente con el objetivo principal de recoger informaciones para ampliar su defensa en el procedimiento que sobre discriminación inició la demandante. Semejante interferencia constituye una «injerencia de una autoridad pública», en el sentido del artículo 8.2.ii)

¿La injerencia estaba «prevista por la ley»?

La Ley de 1985 sobre escuchas telefónicas (interceptación de las comunicaciones) no es aplicable a las redes de comunicación internas gestionadas por las autoridades públicas como es el caso de la policía de Merseyside, y ninguna otra disposición de Derecho interno regulaba las escuchas realizadas en dichos sistemas. Ya que el Derecho inglés no ofrecía ninguna protección a la señora Halford, la injerencia no podía ser considerada como «prevista por la ley» y, por tanto, se ha violado el artículo 8.

(…) El Tribunal considera que ha habido violación del artículo 13 en lo relativo a la queja respecto a los teléfonos de su despacho, puesto que la Ley de 1985 sobre interceptación de comunicaciones no contenía ninguna disposición que regulase las escuchas de llamadas telefónicas transmitidas por redes internas de comunicación explotadas por autoridades públicas, tales como la policía de Merseyside, y en consecuencia, la señora Halford no podía obtener una rectificación ante una instancia nacional." (Sentencia 20605/92, 1997)

se deriva un vínculo de confianza y lealtad nacido entre ambas partes, conforme al cual no resultan `posibles las injerencias arbitrarias que el empleador pueda hacer a las comunicaciones del trabajador. De esta manera, no le es dable al empleador ignorar dicho principio sin motivo legítimo y razonable, conforme al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para realizar un seguimiento o interceptación de comunicaciones, por más que sean medios brindados por éste.

Sobre la capacidad del empleador de ejercer vigilancia sobre el correo electrónico, teléfono y conexión a internet de un trabajador o trabajadora, la jurisprudencia señala que estos están amparados, regla general, por las garantías a la intimidad de la vida privada y a la correspondencia, con los amparos legales que ello implica[21].

Así, la sola vigilancia no está permitida, sino, en virtud de una autorización de la autoridad competente y, en todo caso, debe ser advertido a la persona que queda sujeta a tal vigilancia[22].

---

[20] Ya sobre el análisis jurídico de los hechos probados, argumenta el Tribunal:

"18. En el momento de los hechos, no existía en derecho inglés ninguna norma de aplicación general que protegiera la vida privada.

19. Tras la entrada en vigor, el 2 de octubre del 2000, de la ley de 1998 sobre los derechos humanos (Human Rights Act 1998), los tribunales están obligados, en la medida de lo posible, a interpretar y aplicar la legislación primaria de una manera compatible con los derechos reconocidos por el Convenio.

(…) 20. La ley de 2000 que reglamenta los poderes de investigación (Regulation of Investigatory Powers Act 2000, «la ley de 2000») ordena la cuestión de la intercepción de las comunicaciones. El reglamento de 2000 sobre la intercepción de las comunicaciones en el ámbito profesional (Telecommunications (Lawful Business Practice) Regulations 2000), adoptado en aplicación de la ley de 2000, entró en vigor el 24 de octubre del 2000.

Esta norma enuncia las condiciones en las cuales el empleador puede registrar o vigilar las comunicaciones de sus empleados (por ejemplo, su correo electrónico o sus llamadas telefónicas) sin su consentimiento o el de su interlocutor. El empresario tiene la obligación de tomar medidas razonables para informar a sus empleados de que sus comunicaciones son susceptibles de ser interceptadas."

[21] *"(…) las llamadas telefónicas que emanan de los locales profesionales están a priori comprendidas en los conceptos "vida privada" y "correspondencia" en el sentido del artículo 8.1 (Halford précitado, 44, y Amann c. Suiza [GC], no 27798/95, 43, CEDH 2000-II). Se sabe lógicamente que los correos electrónicos enviados desde el puesto de trabajo deben beneficiarse de la misma protección a título del artículo 8, de la misma manera que los elementos que se desprenden de una vigilancia del uso que una persona hizo de Internet.*

42. No habiendo sido advertida de que sus llamadas corrían el riesgo ser vigiladas, la demandante de autos podía razonablemente creer en el carácter privado de las llamadas realizadas desde su teléfono profesional (Halford precitado, 45). Y lo mismo se desprende para sus correos electrónicos y sus conexiones a Internet."

[22] En el caso concreto, reveló que la violación ocurrió por la vigilancia mencionada, siendo irrelevante que la información no haya sido divulgada o presentada en el marco de un proceso disciplinario o de otro tipo, señalando:

"El Tribunal estima que la colecta y la conservación, sin que la demandante tuviera conocimiento, de sus datos de carácter personal en relación al uso que ella hacía del teléfono, del correo

Ya para un caso ubicado en España, se dictaminó que existía una nulidad de la sentencia condenatoria en un proceso penal, debido a que se realizó el acceso, sin autorización del trabajador directivo, a su ordenador personal, catalogando este amparo como el derecho a la protección del entorno virtual[23].

De esta manera y como normas generales de protección de datos personales, no importa cuándo, no importa cómo, pero sí importa quién, en términos de acceso y tratamiento de información dentro del correo electrónico. Si el trabajador es usuario, este

---

electrónico y de internet han constituido una injerencia en el ejercicio del derecho de la interesada al respeto a su vida privada y a su correspondencia, en el sentido del artículo 8."

Y agrega: *"47. El Tribunal no está convencido de la tesis del Gobierno según la cual la ley habilitaba al centro educativo a "tomar todas las medidas útiles y necesarias" para asegurar la misión de la enseñanza superior. Por otra parte, el Gobierno no busca demostrar la existencia, en el momento de los hechos, de cualquier norma, sacada sea del derecho interno general o bien de los textos estatutarios del centro educativo, que hubiera regulado los casos en el que los empleadores podrían vigilar el uso por sus empleados del teléfono, del correo electrónico y de Internet."*

[23] Sobre el acceso a los correos electrónicos existentes dentro del ordenador utilizado por el recurrente, dijo el Tribunal:

"g) No ha quedado fehacientemente demostrado que el ordenador fuese de la titularidad de la empresa. ***Este dato -hay que apostillar- es irrelevante****, como aclara incidentalmente con acierto la sentencia:* ***lo importante a los efectos que ahora interesan no es la titularidad real, sino quién sea el usuario (y si lo era o no con exclusividad;*** *hay que presumir que sí: nadie ha insinuado un uso compartido).*

(…)

"...hemos declarado -afirma nuestro Tribunal Constitucional- que ***la intimidad protegida por el art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada*** *(STC 12/2012, de 30 de enero (LA LEY 2303/2012), FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que* ***el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales*** *(SSTC 98/2000, de 10 de abril (LA LEY 78877/2000), FFJJ 6 a 9; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)". (vid igualmente STS -Sala 4ª- 119/2018, de 8 de febrero (LA LEY 4068/2018)).*

(…)

Para entrometerse en las comunicaciones ajenas en curso es indispensable consentimiento o autorización judicial. *A ese supuesto alude principalmente la famosa y por todas citada STS 528/2014 (LA LEY 84992/2014) (ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza). De ahí que introduzca en el obiter dicta que representa todo su discurso sobre este tema, una incidental pero relevante modulación:* ***no es lo mismo un proceso de comunicación en marcha que un proceso de comunicación cerrado. Solo el primero está indiscutiblemente vinculado al derecho al secreto de las comunicaciones.*** *En el segundo caso se detectan profundas diferencias. Estaremos más bien en el campo de la intimidad, la privacidad o, en su caso, la autodeterminación informativa.*

(…)

*En esa línea es relevante alguna consideración que extraemos de la STC 70/2002, de 3 de abril (LA LEY 3534/2002****): "(...) la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos****". (…)"* (Sentencia 489, 2018) *(Negrilla y subraya fuera del texto original)*

debe conocer previamente de las medidas de seguimiento a las que está sometido y una vez ha recibido el correo mismo, le protegen normas sobre injerencia en su privacidad como persona.

Ahora bien, específicamente en la jurisdicción social se ha resaltado el papel creador que tiene la costumbre como fuente del derecho, pero ha limitado con claridad su alcance. Recalca que el hecho de la aceptación general del uso moderado para efectos personales a elementos de trabajo como el correo electrónico y demás medios electrónicos, no implica que sean usos totalmente aceptables y que no tienen la virtud de eliminar el control empresarial, existe una línea intermedia donde se permite la esencia humana misma del trabajador y los eventuales usos personales de manera moderada con protección del derecho a la intimidad y conforme a la dignidad humana, y el control empresarial en el ejercicio del poder directivo para el ejercicio adecuado de la actividad laboral[24].

---

[24] Dijo al efecto la sentencia de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Superior: "(*...) El reconocimiento de esa expectativa impone el deber a la empresa de poner en conocimiento del trabajador los mecanismos que el empresario se reserva para hacer realidad ese control. "...* ***Lo que debe hacer la empresa -razona la sentencia- de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos****, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad" en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (LA LEY 16/1950) ".*

(…) ***La clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador****. Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad. Sólo el conocimiento anticipado por parte del trabajador (deducible o explícito) de que puede ser objeto de fiscalización por el empresario, legitimaría el acto de injerencia en los sistemas informáticos puestos a su alcance por la entidad para la que trabaja.*

La doctrina vuelve a aparecer en la STS de la misma Sala de 6 de octubre de 2011. La empresa había enviado a todos los trabajadores una carta, recibida y firmada por quienes luego resultaron despedidos, "... quedaba terminantemente ***prohibido el uso de medios de la empresa*** *(ordenadores, móviles, internet, etc.)* ***para fines propios tanto dentro como fuera del horario de trabajo****". Transcurridos unos meses de la recepción de esa misiva, la empresa decidió hacer una comprobación sobre el uso de sus medios de trabajo para lo que procedió a la motorización de los ordenadores de los trabajadores afectados. Para ello se valió de la instalación de un "software de monitorización" que la sentencia de instancia definía como "... un sistema "pasivo" poco agresivo que no permitía acceder a los archivos del ordenador que están protegidos por contraseñas de cada uno de los usuarios".*

(…) ***Hay un relevante signo diferenciador entre el acceso por el empresario y el acceso por agentes públicos; el primero en virtud de sus facultades de supervisión del trabajo que se presta por una relación laboral; los segundos, en virtud de potestades públicas. En el***

Como lo presenta la sentencia, el correo corporativo es una herramienta de trabajo, respecto de la cual, el empleador se encuentra legalmente habilitado para ejercer control, pero teniendo en cuenta el margen de uso personal que el trabajador puede hacer el mismo. Es importante que el empleador establezca de manera previa y clara a cualquier tipo de control, los estándares de uso de tal herramienta y los monitoreos que realizará. De esta manera, el trabajador conoce de manera previa los límites para el uso de esta herramienta y las eventuales intromisiones que pueden ocurrir en el derecho a su intimidad si incurre en usos no autorizados por el empleador.

En otra causa llevada ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de España (Sentencia 4086/2015, 2015), se conoció de un conflicto sobre la aplicación de una cláusula que la empresa Unísono Soluciones de Negocios, S. A. dispuso en todos los contratos de trabajo, en la cual se disponía:

> *"Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible"*

Para resolver la procedencia de la inclusión de esta disposición, el Tribunal ponderó el derecho a la libertad de empresa versus los derechos fundamentales del trabajador, concluyendo que las facultades del empresario, que incluyen las sancionatorias y las organizativas, no pueden ser llevadas a tal punto que deriven en resultados lesivos a los derechos fundamentales del trabajador, ya que estos últimos son prevalentes. De tal manera que las cláusulas incluidas en los contratos de trabajo deberán modularse ante la posición preeminente de las garantías superiores a favor del trabajador.

En tal sentido, aclara el Tribunal, no es procedente el argumento empresarial según el cual, no se requiere autorización previa del trabajador para el tratamiento de sus datos personales, sobre información como correo electrónico y número de teléfono celular; esto teniendo en cuenta que dicha posibilidad solamente aplica, según el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), en el caso de que

---

primer caso nos movemos en el marco de una relación contractual entre particulares. La clave estará en si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad de supervisión al empresario y, por tanto, cuenta con ello; está advertido; es decir, es una limitación conocida y contractualmente asumida.

En las relaciones con los Poderes Públicos, sin embargo, no cabe esa "cesión" anticipada o renuncia previa a ese espacio de intimidad virtual." (Sentencia citada en Sentencia 489, 2018) *(Negrilla y subraya fuera del texto original)*

se tratara de datos "sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento" ya que estos datos no son imprescindibles para adelantar el contrato celebrado, puesto que *"la relación laboral pueda desenvolverse -lo ha venido haciendo hasta las recientes fechas en que tales avances tecnológicos eran inexistentes- sin tales instrumentos, evidencia que no puedan considerarse incluidos en aquella salvedad general."* (Sentencia 4086/2015, 2015).

En Colombia, aún se está construyendo normatividad y jurisprudencia sobre este asunto. La primera sentencia constitucional que se refirió al alcance del derecho a la intimidad en el entorno laboral fue la producida dentro del proceso de acción de tutela T-574/17 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo[25].

Para realizar el juicio de proporcionalidad y entender el grado de protección a la intimidad aplicable a la situación bajo estudio, el alto tribunal analiza la amplitud aplicable del derecho a la intimidad a través del tamiz del espacio y del contexto concreto de la causa.

En este sentido, concluye que *"la clasificación del tipo de espacio es un factor relevante para definir el alcance del derecho a la intimidad, así como el grado de protección que del mismo se desprende frente a las intervenciones de terceros. Su importancia radica, al menos prima facie, en la aptitud para identificar las diversas dimensiones físicas o virtuales en las que las personas se expresan o manifiestan y, a partir de allí, para precisar el grado de confidencialidad que pueden esperar respecto de su comportamiento." (Sentencia T-574, 2017)*

Sobre el grado de protección del derecho a la intimidad en el lugar de trabajo, existe una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, dentro de la cual pueden ubicarse las sentencias T-405 de 2007, T-768 de 2008 y T-574 de 2017, en la

[25] Allí se analizó el caso de un trabajador que realizó la siguiente afirmación a través de un mensaje de voz por un grupo de *WhatsApp* denominado "Distribuciones Cúcuta", el cual fue creado por su exjefe, donde afirmó:

"Compañeros con respecto a las recargas, sino las autoriza la empresa, pues no llamen al cliente, no llamen al vendedor, dejen, solucionen ustedes mismos, si tienen que anular una factura, anúlenla, si tienen que dejar de cobrar un pedido y no entreguen un pedido, no lo entreguen, pero no sigan haciéndose a la manipulación de la empresa. Otro golpe más para ustedes como trabajadores, vio, entonces ahí está la muestra de que la empresa por un lado suaviza y por el otro lado golpea, entonces dense cuenta de eso compañeros"

Esta afirmación fue considerada por el empleador como:

"incumplimiento de parte a las obligaciones y/o prohibiciones laborales a su cargo en calidad de trabajador, dado que usted presuntamente incitó a los ayudantes de distribución a faltar con el deber y responsabilidades propias del cargo enviando mensajes (audios) por un grupo de WhatsApp creado por el anterior jefe de logística, denominado Distribuciones Cúcuta, el cual está destinado a dar información [sobre] temas laborales, de operación y de interés, entre otros; adicionalmente, por el mismo grupo de WhatsApp difundió comentarios desfavorables sobre la empresa."

cual se le otorga un carácter semiprivado. Esto debido a que las acciones y relaciones que ocurren allí tienen una naturaleza muy diferente a las que ocurren en la residencia, que son eminentemente privadas; de tal manera que en este caso el grado de protección opera de manera diferente.

En uno de los casos estudiados por la Corte, se concluyó que a pesar de tratarse de una herramienta asignada por el empleador para el ejercicio de las funciones propias del cargo, sustraer información personal de este equipo sin autorización de su titular, constituye una clara violación del derecho a la intimidad de la trabajadora, a quien en el caso particular, el empleador tomó un grupo de fotografías privadas, donde aparecía semi desnuda y desnuda, que posteriormente fueron impresas y exhibidas ante sus padres y los miembros de la junta directiva de la empresa[26].

En este caso, se sentenció que existió violación de los derechos fundamentales a la intimidad, honra y buen nombre, así como a la autodeterminación, ya que se trata efectivamente de información personal que, sin importar dónde se encuentre almacenada, está amparada por el derecho a la intimidad y, en ese sentido, requiere de autorización previa de su titular para su acceso.

Pero, por otro lado, se analizó en 2008 el caso de un trabajador que fue grabado por las cámaras instaladas en el lugar de trabajo, besando a una compañera de trabajo. Allí se concluyó que no hubo afectación al derecho a la intimidad, pues se trató de una medida proporcionada y propia de las actividades empresariales ordinarias, destinada a medir el desempeño laboral y velar por la seguridad, además, era de conocimiento de los empleados[27].

Así, para la Corte Constitucional de Colombia, el amparo al derecho fundamental a la intimidad en el lugar de trabajo se puede ponderar teniendo en cuenta: (i) si se trata de información íntima, sensible o que sólo le interesa a una persona en particular, en

---

[26] Dice la Corte sobre el particular:

"(…) hubo una indebida intromisión en una información que sólo concernía a su titular, y que estaba amparada por la reserva que impone el derecho a la intimidad personal. La relación laboral existente entre actora y demandada no autorizaba esta invasión a aspectos de la vida privada de la primera, por antiestético, desagradable o "escabroso" como lo define la demandada, que le pareciera el contenido de las imágenes que halló en el archivo auscultado. Se trataba de una información que revelaba escenas de la vida personal de la actora, sin incidencia alguna en su desempeño laboral (…)". (Sentencia T-405, 2007)

[27] Dice la sentencia en el aparte relevante *"Adicionalmente, la Corte señaló, refiriéndose a una de las cámaras que había sido instalada de manera subrepticia -debido a que el demandante obstruía una de las integradas al sistema de monitoreo-, que no se había violado el derecho a la intimidad "teniendo en cuenta los argumentos presentados por el banco acerca de la obstrucción del actor de las medidas que si eran conocidas, toda vez que se trataba de verificar su conducta y, por tanto, la Sala estima que, en este sentido, no resultaba desproporcionado que el banco instalara otras medidas para verificar y tener como prueba el cumplimiento de las obligaciones laborales del actor, aunado a que la utilización y uso de las imágenes recaudadas fueron adecuadas, puesto que no excedieron su finalidad, ya que giraron en torno al cumplimiento de medidas de seguridad o la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales".* (Sentencia T-768, 2008)

atención al tipo de actividad que se desarrolle, y (ii) si los empleados tienen o no conocimiento acerca del seguimiento de sus actividades. *(Sentencia T-768, 2008)*

Ahora bien, también recuerda la Corte Constitucional en su sentencia T-574-17, que *"en la Sentencia del 5 de septiembre de 2017 (Bărbulescu v. Romania), el Grand Chamber de la Corte Europea de Derechos Humanos estudió si la decisión del empleador de terminar el contrato estuvo fundamentada en una violación al derecho a la privacidad del empleado en concordancia con lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europea de Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada."* (Sentencia T-574, 2017)

Ocurrió en este caso que el empleador accedió a la cuenta del empleado de mensajería instantánea de Yahoo, la cual había sido creada por solicitud del primero. Las regulaciones internas laborales no contenían referencia alguna a la posibilidad del empleador de monitorear las comunicaciones de sus empleados.

Por lo anterior, la Corte consideró que la mensajería instantánea es una de las formas de comunicación que habilitan a los individuos a tener una vida social privada. Aunque el empleador había prohibido el uso personal de las herramientas tecnológicas, pero no había sido informado de la posibilidad de que se monitoreara el contenido de sus mensajes, la Corte determinó que se configuró una violación a la privacidad del empleado. *(Aplicación no. 61496/08)."* (Sentencia T-574, 2017)

Por otro lado, a través de una sentencia del 7 de octubre de 2013, el Tribunal Constitucional Español dispuso los alcances del derecho a la intimidad ya que, además de no ser absoluto, como no lo es ningún derecho fundamental, y resulta procedente ponerle límites en su confrontación con otros asuntos constitucionalmente relevantes para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado[28].

---

[28] Resalta la sentencia lo siguiente: *"Nuestra doctrina ha establecido también ciertas matizaciones en cuanto al alcance de la protección del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE.*

Hemos tenido ocasión de precisar que el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad. En concreto, hemos afirmado que un «criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58)» (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Asimismo hemos de tener en cuenta que, conforme a nuestra reiterada doctrina, «el derecho a la intimidad no es absoluto -como no lo es ningún derecho fundamental-, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele

Este análisis del derecho a la intimidad en el entorno laboral se centra en el lugar típico, tradicional, común, la fábrica. Pero la innovación y la tecnología llevan varios años presentando nuevas maneras para conectarse y, en consecuencia, han surgido nuevas maneras de organizar el trabajo, nuevas formas de empleador y nuevas formas de trabajadores.

En ese sentido, conviene analizar qué sucede con el derecho a la intimidad, cuando el lugar de trabajo es la residencia del trabajador, como sucede en el caso del teletrabajo o cualquier otra modalidad de trabajo que lleva a lugares diferentes de la estructura empresarial típica.

Ocurre que en este caso la facultad de dirección del empleador, derivada de la subordinación jurídica proveniente del contrato de trabajo, acude a elementos tecnológicos para ser ejercida, llegando a detalles tales como la activación de la cámara web incluida en los equipos de cómputo, para verificar que es el trabajador quien está prestando personalmente el servicio contratado; el acceso remoto a los mismos mediante VPN (Virtual Private Network), Red Privada Virtual en castellano, para tener acceso irrestricto y en cualquier momento al computador utilizado por el trabajador; control del navegador web del trabajador (quien es quien paga el servicio de internet de su residencia, en algunos casos), para limitar el contenido que puede y no puede ver el trabajador; mediciones del tiempo en que el equipo está suspendido, prendido y apagado, para conocer exactamente cuáles son los tiempos de actividad y tiempos muertos durante la jornada de trabajo; lectura de la información compartida mediante la nube; escucha de las llamadas realizadas, en teléfonos corporativos o en programas de videoconferencia, para conocer en qué términos se desempeña el trabajador; entre otros asuntos que aparecen hoy y que en el futuro seguirán mutando y avanzando a niveles que hoy solo podemos imaginar.

Este conjunto de medidas, conducen a un grupo de mediciones detalladas a niveles insospechados, que tensionan aún más la protección al derecho a la intimidad del trabajador y, en la misma medida, al derecho a la dignidad humana del trabajador.

En el caso de España, hay un tratamiento específico de esta materia cuando se refiere al trabajo a distancia con carácter regular[29].

Y también resulta importante lo contemplado por el artículo 6 de la misma norma, ya que se encarga de exigir al empleador claridad en las condiciones para el trabajo a distancia, siendo obligatorio pactarlo por escrito.

---

como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado» (STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10)" (negrillas no hacen parte del texto original). (Sentencia T-574, 2017)

[29] Con la nueva Ley 10/2021, de 9 de julio, se ha dispuesto de un artículo específicamente dedicado a tal fin, el nº 17.

Esto garantiza, en primer lugar, que el trabajador que esté desarrollando actividades fuera de los locales del empleador, tenga por escrito cuáles son las condiciones en las cuales las desarrollará y, en segundo lugar, cómo se le monitoreará.

La norma es amplia, clara y armónica con las disposiciones contempladas por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, la cual aborda el asunto de la protección de los datos personales y la garantía de los derechos digitales, ya que se refiere precisamente a aspectos como el derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, protección de datos y derecho a la desconexión digital y también tiene en cuenta el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Para la prestación personal del servicio a cargo del trabajador, la tecnología ha permitido su ejecución fuera de las instalaciones de la empresa, desde el domicilio mismo del empleado adelantar el trabajo por medios telemáticos, o incluso desde centros de recursos compartidos, en fin. Desde cualquier lugar del mundo, prescindiendo de la presencia física obligatoria del trabajador en las instalaciones de la empresa, pero manteniendo la prestación del servicio requerida.

La regla normativa general, dicta que las medidas de seguimiento que el empleador utilice deberán ser proporcionales al fin perseguido, respetando el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador. Esto implica en todo caso, una regla aparentemente simple a una infinidad de herramientas cada vez más complejas y menos controladas para adelantar dicho seguimiento de control administrativo y aún más judicial. Una vez más, el derecho está reaccionando muy lentamente frente al vertiginoso cambio de la tecnología.

Es así como uno de los puntos más controvertidos en este asunto, se centra en dónde dibujar la línea entre la vigilancia tecnológica y la dignidad e intimidad del trabajador. Como atrás se describió, puede decirse que el empleador tiene limitado el acceso a información personal, íntima del trabajador, que solamente le incumbiese a este, así se encuentre en los equipos brindados por esta para la prestación de la labor. Vale decir, el empleador no puede tener acceso o utilizar sin la autorización expresa y libre del trabajador, a aquella información que no sea expresamente laboral. Y, de paso, las medidas que el empleador tome para vigilar el desempeño del trabajador deben ser procedentes y habrán de limitarse a medir directamente las actividades laborales.

Actualmente, se están desarrollando tecnologías, por empresas como *Humanyze* que llevan la medición de datos en el entorno laboral a nuevos niveles. La empresa recolecta todo tipo de información a través de un dispositivo conectado vía bluetooth para analizar cómo están utilizando el tiempo de trabajo, los datos recogidos son: si el trabajador está

o no hablando, si se está moviendo o sentada en el escritorio, dónde está ubicado dentro de la oficina y la proximidad a otras personas utilizando este tipo de herramienta.

A pesar de que *Humanyze* promete mantener el anonimato de los datos recolectados del trabajador y cumplir con la Regulación Europea para la Protección General de Datos (EU) 2016/679 (GDPR) y la Ley de California para la privacidad del cliente (CCPA), la cantidad de datos recolectados es bastante específica y la controversia con los derechos a la intimidad del trabajador está a la orden.

En el caso de Colombia, el paisaje jurisprudencial sobre el manejo de los datos personales y el derecho a la intimidad de las personas en diferentes ámbitos es variado, pero concentrando la investigación al ámbito laboral, habrá de decirse lo siguiente.

Mediante sentencia de constitucionalidad C-094 de 2020, la Corte Constitucional analizó una demanda de inconstitucionalidad en contra de varios artículos del Código de Policía, dentro de los cuales se buscaba establecer vigilancia a través de cámaras en diversos lugares[30].

En ese contexto, recordó que la vigilancia con cámaras de seguridad le está permitida al empleador en el ejercicio de su poder disciplinario sobre los trabajadores o para garantizar la seguridad en el establecimiento y conforme a varios criterios razonables, tales como la ubicación en lugares de trabajo, la finalidad de la instalación de la cámara en tales sitios, conocimiento de los trabajadores de la instalación de tales cámaras, entre otros.

En la sentencia C-881 de 2004 de la Corte Constitucional se denominó como "espacio semi-privado o semi público", a los lugares de trabajo como la oficina, establecimientos públicos de la empresa, en los cuales la expectativa de privacidad es menor frente a aquellos lugares que son totalmente privados.

Como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, lo que incluye la especialidad laboral, la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que el poder directivo del empleador termina donde empieza el derecho a la intimidad de éste y su dignidad humana[31].

---

[30] Analizando el rango sobre el cual se buscaba amparar el derecho a la intimidad, dijo la Corte: *"8. De manera particular, se ha considerado que el* ***espacio privado*** *es el lugar en el que* ***las personas desarrollan su personalidad y ejercen su intimidad de manera libre en un ámbito inalienable, inviolable y reservado*** *(Corte Constitucional, sentencia T-574 de 2017).* ***En este sentido, si bien el espacio privado se asocia con el concepto de domicilio, según la Corte, va más allá*** *de la idea prevista en el Código Civil,* ***abarcando "además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia"*** *(Corte Constitucional, sentencia C-041 de 1994.)"* (Sentencia C-094, 2020)

[31] En sentencia dictada dentro del proceso identificado con el radicado 05001- 22-03-000-2007-00230-01 de 2007, señaló:

De esta manera, resulta que el alcance del poder de dirección del empleador, y de vigilancia de la actividad del trabajador, mediante los nuevos mecanismos proporcionados por la tecnología es válido, en tanto se respeten los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente el derecho a la intimidad y la expectativa de privacidad, conforme a varios criterios de comunicación previa y establecimiento de medidas claras y públicas de monitoreo dispuestas por el empresario.

III. LOS SISTEMAS DE COMUNICACIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

El uso de los sistemas de comunicación en el ámbito del trabajo tiene varias aplicaciones, la más esencial se refiere a la transmisión de información entre empleador y trabajador, pero con la llegada de nuevas maneras de comunicarse, también aparecen nuevas reglas o nuevos tipos de aplicaciones a establecerse para el ejercicio del trabajo.

Se pasó de las comunicaciones escritas, entregadas directamente a la mano del trabajador dentro de la jornada de trabajo, a la comunicación inmediata a cualquier hora del día en cualquier día del año, mediante los correos electrónicos, los mensajes cortos, de voz o videos enviados por distintas aplicaciones móviles tales como WhatsApp.

Internet y las redes sociales revolucionaron la manera de relacionarnos para trabajar, buscar trabajo, poner en contacto amigos que buscan u ofrecen trabajo, promocionarse como autónomo, capacitarse, compartir información acerca de lo que sucede en el

---

"(…) De tenerse que efectuar la revisión de contenidos de los mensajes grabados en los discos compactos, el Tribunal de Arbitramento deberá respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores de Química Amtex S.A. en relación con los mensajes de datos que, luego de la verificación que el Tribunal realice, ostente carácter privado o personal de los funcionarios, y que, por encontrarse en las direcciones de correo electrónico de la sociedad, hubieren sido grabados en los discos compactos en que se recogió la información. De igual modo, el Tribunal velará porque la privacidad de los trabajadores se respete cabalmente por las partes del mencionado conflicto arbitral, por los apoderados judiciales de éstas, por el auxiliar de la justicia y los técnicos en sistemas que intervinieron en la inspección judicial con exhibición de documentos allí surtida" (Sentencia, 2007)

Unos años más adelante, regresando a la jurisdicción constitucional y máxima intérprete de la Carta Superior, mediante la sentencia de tutela T-574 de 2017, la Corte Constitucional de Colombia señaló, acudiendo para ello a jurisprudencia española:

*"La **expectativa de privacidad** es, entre otros, un criterio relevante para establecer si determinadas expresiones o manifestaciones de la vida de las personas se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del derecho a la intimidad o si, por el contrario, pueden ser conocidas o interferidas por otros.*

***Tal categoría impone definir, atendiendo diferentes factores contextuales, si quien alega la violación puede considerar válidamente que su actividad se encuentra resguardada de la interferencia de otros**, por un lado, y si es o no posible concluir que dicha valoración es oponible a los terceros que pretenden acceder a la información o divulgarla, por otro. **Este doble análisis exige considerar criterios subjetivos y objetivos a efectos de valorar, en cada caso, si quien solicita la protección en realidad podía suponer o confiar que las informaciones o contenidos no podrían circular**." (negrillas y subraya no hacen parte del texto original)."*

desarrollo del trabajo como eventos, publicaciones, ascensos o cambios de empleo, entre otros asuntos, son aspectos que antes raramente conocíamos o desarrollábamos tan abierta y globalmente.

También ha significado una fuerte confusión en lo que se refiere a las fronteras de, cuándo, cómo y dónde desarrollar el trabajo, además de cómo compaginarlo con la vida personal. Sobre cuándo y cómo realizarlo, ya he abordado en diversos capítulos. Pero sobre este último aspecto, de la vida personal, su manera de entrelazarse con la vida laboral, así como el papel que en ello tienen las nuevas formas de comunicación permitidas por la tecnología e innovación, me referiré ahora.

La posibilidad de una comunicación instantánea, en cualquier parte del mundo, en cualquier momento, definitivamente cambió la manera de compartir la información y en este aspecto, las redes sociales han resultado ser un escenario donde las personas compartimos los aspectos de cada uno de nuestros pasos. Nuestra vida está enteramente reflejada en línea.

Pensemos que no hace más de 25 años nacía la primera red social de la mano de la empresa *Six Degrees*, que permitía a un número limitado de usuarios tener un perfil propio e interactuar con listas de amigos. Luego llegarían otras plataformas como Asian Avenue, Blackplanet y MiGente. En conjunto sumaban 238 millones de personas que entraban en el nuevo siglo conectados virtualmente con su comunidad de amigos, como indica Rafael López del Paso[32] en su análisis de la evolución del número de usuarios de las redes sociales (López del Paso, 2015).

En el Reporte Digital 2021 publicado por Hootsuite y We Are Social, se indica que en este planeta habitamos más de 7.000 millones de personas, de ellos, más de 5.000 millones poseen un teléfono celular, más de 4.600 millones son usuarios de internet y más de 4.200 son usuarios activos de redes sociales. Es decir, el 53,6% de la población mundial es usuario activo de las redes sociales. En 2020 se sumaron a las redes sociales 490 millones de usuarios nuevos, a pesar de las brechas de igualdad en cuanto al acceso y calidad de la conexión a internet intensificadas por la pandemia, cifra que corresponde a un crecimiento del 13% en comparación al año anterior (Hootsuite; We Are Social, 2021).

Este mismo informe señala, que el tiempo que invertimos en internet llega a 6 horas y 54 minutos en promedio mundial, tiempo que va en aumento y que en algunos países llega a casi 11 horas al día, como el caso de Filipinas. Este fenómeno tiene que ver con la cada vez más amplia inmersión de aplicaciones a cada una de las actividades diarias,

[32] Dice este autor que: *"Durante el periodo 2000-2014, el número de usuarios de redes sociales en el mundo se ha multiplicado prácticamente por 7,5 hasta alcanzar los 1.790 millones de personas, lo que supone el 24% de la población total. En 2014, se incorporaron 200 millones de usuarios nuevos, lo que supone un incremento anual del 12,6%."*

que van de chats para familia y trabajo, redes sociales, entretenimiento y video, música, videojuegos, compras, navegación, bancos y servicios financieros, salud, *fitness* y nutrición, así como citas; incluyendo dispositivos que incluso nos monitorean mientras dormimos.

Uno de los usos más destacados dentro del Reporte Digital 2021, es que existe una tendencia enorme a los canales primarios para la búsqueda de marcas dentro del Internet, denominada "búsqueda social" (traducción al castellano de 'social search'), según la cual a nivel mundial casi un 45% de las personas entre 14 y 64 años acuden a las redes sociales para buscar información sobre las marcas y productos; quienes más acuden a redes sociales para este propósito son los usuarios más jóvenes, de entre 16 y 24 años, pues las usan en hasta un 56%, dejando de lado los motores de búsqueda tradicionales. Esto significa que el comportamiento e interacciones en redes sociales de las marcas resulta un espacio importantísimo para estas.

Así las cosas, las redes sociales son un espacio de altísimo valor para las empresas, pero también requieren de un manejo delicado ya que en cualquier momento pueden jugar en contra muy rápidamente.

De esta manera, cada vez más las empresas voltean sus ojos al comportamiento de sus trabajadores en línea, ya que las redes sociales son una ventana para conectar al comportamiento de los trabajadores como personas sin tener frontera alguna.

En este espectro resulta cada vez más frecuente encontrarse con conductas de la vida personal que las personas publican en redes sociales y terminan teniendo un efecto fulminante en sus relaciones laborales de todo tipo, desde servidores públicos de alto rango, a actores o actrices famosas, deportistas o personas del común, que terminan siendo despedidas por las situaciones ocurridas en redes sociales. A continuación, una pequeña lista de algunos casos para ejemplificar esta situación.

a. El congresista de Estados Unidos posando con armas para Navidad. El pasado 4 de diciembre de 2021, el congresista republicano Thomas Massie, del Estado de Kentucky, publicó un tweet con la leyenda "Feliz Navidad - PD: Santa, por favor trae munición". Esto le ha valido una enorme polémica pues, además del debate en Estados Unidos sobre el porte de armas, apenas unos días atrás, el martes 30 de noviembre de 2021, un adolescente de 15 años llamado Ethan Crumbley, mató a cuatro compañeros de secundaria en Oxford, Míchigan, y dejó a siete heridos, tras atacarlos con arma de fuego. Las críticas no se hicieron esperar.

b. El becario que trabajaba para una entidad bancaria. En este caso, este becario solicitó permiso para ausentarse de su trabajo por una calamidad familiar,

para más tarde aparecer en una foto publicada en Facebook en una fiesta de Halloween con sus amigos. Los directivos de la entidad bancaria tuvieron conocimiento de esta situación luego de la publicación de la foto en Facebook por uno de sus compañeros, quien no sólo publicó la fotografía, sino que también la etiquetó, situación que motivó el despido del becario. (Rico Carrillo, 2012)

c. Las grabaciones de *TikTok*. En Estados Unidos se han presentado varios casos de trabajadores que se graban en su lugar de trabajo para publicar dicho contenido en la red social *TikTok*. En un caso, ocurrido en febrero de 2020 en las instalaciones del Aeropuerto de Fresno, un grupo de trabajadores grabó contenido de baile coreografiado durante de su jornada de trabajo, que luego se haría viral. Estos trabajadores serían despedidos justificado en *"comportamiento inadecuado en el lugar de trabajo, demostrando poco juicio y sin cumplimiento de los estándares esperados para unos trabajadores del Aeropuerto Internacional de Fresno Yosemite."*

d. Fotografías desnudo. Como lo expone la sentencia 3598/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de diciembre de 2018, un trabajador en Andalucía fue despedido alegando faltas disciplinarias, por "fotografiarse desnudo en las instalaciones del centro de trabajo en fecha indeterminada, imágenes que aparecieron colgadas en una página de Facebook con el título "ITV Orgiva". Dentro del proceso judicial, en el cual el trabajador controvertía la existencia de justa causa para terminar su contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, el Juzgado de lo Social nº 10 de Sevilla analizó en su sentencia del 6 de julio de 2017 que *"el demandante tomó las fotografías en los baños del centro de trabajo fuera de su horario laboral y señala que dicho comportamiento tiene difícil encaje en las infracciones previstas tanto en el convenio colectivo aplicable como en el Estatuto de los Trabajadores."* Por lo cual *"declaró la improcedencia del despido y condenó a su empleadora a afrontar las consecuencias de dicho pronunciamiento con el alcance fijado en la parte dispositiva"*

En la suplicación formulada por la empresa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla, se dictó sentencia señalando que:

"No podemos compartir la valoración que hace la parte recurrente del único hecho susceptible de ser atribuido de manera personal y directa al demandante, que es el de haberse fotografiado desnudo en los baños del centro de trabajo, ***pues tal actuación la realizó en un espacio de absoluta privacidad y en el que***

los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen despliegan toda su virtualidad*, para su propio y exclusivo uso personal y una vez finalizada la jornada de trabajo, proceder que por sí mismo no constituye ilícito laboral alguno ni puede ser objeto de sanción por el empresario.*

Ciertamente, las imágenes salieron del ámbito privado y se difundieron en una página de Facebook con el título "ITV Orgiva", ***pero no se ha alegado ni acreditado que el actor no adoptase las medidas de precaución necesarias para garantizar su privacidad o actuase en forma que favoreciese su utilización por terceros****,* ***lo que impide fundar la medida disciplinaria*** *en una eventual negligencia que ni siquiera ha sido objeto de reproche." (Negrilla y subraya fuera del texto original)* (Sentencia 3598/2018, 2018)

e. Trabajador que hace comentarios en Facebook burlándose de las víctimas de la guerra en Siria. También se conoció del caso por su llegada a los estrados judiciales y su resolución mediante Sentencia n° 74/2018 del Juzgado de lo Social n° 2 de Palma de Mallorca de 28 de febrero de 2018. Se trató de un trabajador de una tienda de almacenes de cadena con un contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial. Estando vigente la relación laboral, este trabajador realizó desde su cuenta personal de Facebook, en la que se identificaba con su nombre y *"trabajador de Primark, Palma"* una publicación de fotografías con niños muertos en la guerra en Siria con el mensaje de *"mannequin Challenge en Siria [SIC]".* La misma plataforma de Facebook eliminaría horas más tarde dicha publicación, por considerarla inapropiada y contraria a sus normas comunitarias.

En este caso, la compañía contaba para la fecha de los hechos con una política de uso de redes sociales de sus trabajadores[33].

Tal documento, en el caso concreto, fue entregado al trabajador despedido y en constancia así firmó el 15 de noviembre de 2016.

La justicia le dio la razón a la empresa y consideró como válido el despido, teniendo en cuenta los siguientes argumentos: **(i)** los contratos de trabajo se deben ejecutar siempre bajo la óptica de la buena fe, conforme a la cual *"el contrato de trabajo sujeta a*

[33] Allí se dicta, entre otros asuntos:

"(...) las responsabilidades de los usuarios, así como el establecimiento de unas buenas prácticas cuando se accede a redes sociales en las que se trata temas relacionados con Primark, su actividad o sus empleados, o en las que es posible identificar fácilmente al usuario como empleado de Primark, (...). La empresa respeta el derecho a la intimidad de sus trabajadores.

Sin embargo, la empresa debe velar también por su reputación y porque se salvaguarde en todo momento la confidencialidad de la información de la empresa.

Por tanto, insta a sus empleados que utilicen este tipo de páginas de Internet a que: (...) velen por que en su actividad virtual se respete la dignidad de la persona y de los trabajadores".

las partes contratantes al mutuo deber de acomodar su comportamiento, a lo largo de todo el desarrollo de la relación laboral, a las exigencias que comporta el básico principio de la buena fe, las cuales suponen la obligación de orientar la conducta respectiva de cada contratante con arreglo a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respecto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro." (Sentencia N° 74/2018, 2018) **(ii)** *"en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe, por lo que su vulneración por parte del trabajador, cuando reviste las notas de grave y culpable constituye la justa causa de despido disciplinario que tipifica el art. 54.2 d) del mismo Estatuto del Trabajo" (Sentencia N° 74/2018, 2018)* **(iii)** "es evidente que la conducta del trabajador llega a ser conocidos del público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante eventuales clientes."

Así es como se encuentra una frontera al uso del derecho a la libertad de expresión, cuando se realizan publicaciones en redes sociales que por su magnitud no permiten separar las opiniones o acciones personales del trabajador frente a los valores de una compañía, dentro o fuera de esta, en tanto que esta lo haya dejado claramente como una causal de orden disciplinario y la conducta del trabajador termine afectando la imagen de la compañía ante sus clientes potenciales.

Como conclusión de este apartado, las redes sociales son un espacio de altísima relevancia para las empresas y sus marcas, que constituyen uno de los intangibles de mayor valor para estas, de tal manera que cualquier asociación negativa derivada del uso de redes sociales personales, así sea en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, puede significar un detrimento grave de la compañía para la que se trabaja, transgrede el principio de la ejecución de buena fe contractual que informa el contrato de trabajo y, en todo caso la calificación de la falta cometida debe ser de una magnitud tal que implique la justificación de la sanción laboral más grave, la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

Por otro lado, no debe banalizarse el alcance de las redes sociales en la actualidad y la magnitud que puede significar cualquier movimiento que se realice allí, ya que nada pasa desapercibido y una vez algo ingresa a internet, es esencialmente imposible retirarlo de allí. Nunca en nuestra historia habíamos contado con un espacio inmortal que conserva información detallada de cada uno de nuestros pasos y eso conlleva una gran responsabilidad que, sin duda, va más allá del ámbito personal, como puede verse sin duda en el impacto de ello en el ámbito laboral.

PANORAMA DE LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN BRASIL

Por

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR
Profesor en la UFPR - Universidad Federal del Paraná (Brasil/Paraná). Doctor y Maestro por la USP - Universidad de San Pablo (Brasil/San Pablo). Abogado

maseraujunior@hotmail.com

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: Este artículo propone mostrar un breve panorama de la regulación del teletrabajo en Brasil, indicando algunos puntos controvertidos (entre ellos: los costos del teletrabajo, que están a cargo del obrero; la disparidad de género en las modalidades de trabajo; la cuestión de los accidentes y medio ambiente laboral y, por fin, el tema de la inexistencia de control y límites de la duración del teletrabajo). Presenta, también, algunas consideraciones sobre cuál sería el modelo ideal para la regulación jurídica, es decir, aquella que contenga un carácter efectivamente protector para los trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Derecho; Derecho del Trabajo; teletrabajo; tecnología.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN BRASIL.- III. PUNTOS CRÍTICOS DE LA REGULACIÓN Y PRÁCTICA DEL TELETRABAJO EN BRASIL. 1. La transferencia de los costes del teletrabajo al trabajador. 2. Accidentes de trabajo y medio ambiente laboral. 3. Control del tiempo de trabajo y derecho a la desconexión. 4. Teletrabajo y desigualdad de género.- IV. CONCLUSIÓN.- V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

OVERVIEW OF HOMEOFFICE REGULATION IN BRAZIL

ABSTRACT: This article proposes to show a brief panorama of the regulation of teleworking in Brazil, indicating some controversial points (among them: the costs of teleworking, which are the responsibility of the worker; the gender disparity in the work modality; the issue of accidents and work environment and, finally, the issue of the lack of control and limits on the duration of teleworking). It also presents some considerations about what would be the ideal model for legal regulation, that is, one that contains an effectively protective character for workers.

KEYWORDS: Law; Labor law; homeoffice; technology.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.- II. THE REGULATION OF HOMEOFFICE IN BRAZIL.- III. CRITICAL POINTS OF THE REGULATION AND PRACTICE OF HOMEOFFICE IN BRAZIL. 1. The transfer of costs of teleworking for the worker. 2. Work accidents and work environment. 3. Control of working time and right to disconnection. 4. Homeoffice and gender inequality.- IV. CONCLUSION.- V. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo y la tecnología son temas intrínsecamente relacionados a lo largo de la historia humana. Desde la invención de la rueda y el uso de la palanca hasta la perspectiva contemporánea de la Industria 4.0, siempre ha habido algún tipo de reflejo, más o menos rápido, de innovaciones tecnológicas en el campo de la organización del trabajo y, secuencialmente, en el ámbito de su regulación legal, especialmente en el campo del Derecho del Trabajo.

Hace poco más de una década, es posible señalar un fenómeno laboral muy significativo, plasmado en el expresivo número de personas que pasaron a trabajar fuera de la sede del establecimiento empresarial a partir del uso de las más diversas plataformas tecnológicas (computadoras, celulares, redes de internet, etc.), y sin que esto configure la figura tradicional del trabajo externo (como vendedores o choferes profesionales). Esta situación configura el instituto denominado teletrabajo.

Con las profundas innovaciones tecnológicas de las últimas décadas, pero sobre todo con el gran desarrollo de las TIC -Tecnologías de la Información y la Comunicación-, se hizo posible el ejercicio de la actividad laboral subordinada aún a distancia del empleador y sus agentes.

El teletrabajo, que ya ganaba un espacio importante en el ámbito empresarial y en el Derecho Laboral, cobró un extraordinario impulso con la llegada de la crisis sanitaria mundial derivada del alto índice de propagación del nuevo coronavirus (COVID-19).

En todo el mundo, el drástico escenario sanitario que se ha instaurado desde principios de 2020 ha determinado la imposición de diversas restricciones tanto a la circulación de personas (aislamiento social) como a la realización de numerosas actividades económicas (confinamiento), medidas que fueron recomendado como necesario para la disminución de las tasas de contaminación de la población.

Adaptándose a esta nueva realidad, a nivel mundial, se crearon nuevas dinámicas para la vida social, comenzando a hablarse del advenimiento de una "nueva normalidad": se organizaron eventos sociales multitudinarios (conciertos, partidos de fútbol, eventos de gran magnitud como los Juegos Olímpicos) cancelados *ad nutum* y *sine die*, o transferidos al entorno virtual; los servicios religiosos se trasladaron a transmisiones por internet; Comenzó a darse una difusión masiva de vidas, creando actividades educativas, de entretenimiento, de autoayuda, de ejercicios físicos y las más diversas formas de intentar recrear la vieja realidad en las “nuevas” dinámicas sociales.

La humanidad, que ya venía observando una importante expansión de los vínculos virtuales/digitales y cierta distancia en las relaciones personales cara a cara, ha experimentado un paso aún mayor en esta dirección desde la pandemia. Esto se debe a

que una de las vías encontradas para mantener el funcionamiento de numerosas actividades económicas fue la adopción predominante del teletrabajo y, más específicamente, del home office.

Así, un modelo de trabajo que antes era utilizado por una pequeña porción de la población económicamente activa, de la noche a la mañana se convirtió en regla de la realidad de muchas personas, a escala global.

Como resultado de su adopción con carácter de emergencia, fue posible percibir, en el ambiente de trabajo brasileño, un uso excesivo de las modalidades de teletrabajo (especialmente *home-office*), generalmente con la idea de flexibilidad e incumplimiento de las normas vigentes, normas laborales, así como una notoria carga adicional para los trabajadores, quienes suelen soportar los costos de esta forma de actividad laboral.

De hecho, la reciente adopción masiva del teletrabajo abre la puerta a una tendencia, observada a nivel mundial, de flexibilización de las normas protectoras que siempre han sido la tónica del Derecho del Trabajo, permitiendo así nuevas formas de precarización de los derechos de la clase trabajadora.

Este artículo se propone mostrar un breve panorama de la regulación del teletrabajo en Brasil, indicando algunos puntos controvertidos y presentando algunas consideraciones sobre cuál sería el modelo ideal, es decir, que contenga un carácter efectivamente protector para los trabajadores. El objeto de estudio de este artículo no se limita a la regulación laboral de emergencia, editada para dar cuenta de las necesarias adaptaciones derivadas de la pandemia del coronavirus, pues el teletrabajo se ha convertido en un formato muy expresivo en la organización de las relaciones laborales aún después de la pandemia[1].

Este ensayo está estructurado de la siguiente manera: un primer tema referente a la regulación del teletrabajo en Brasil, con énfasis en el *home office*; un segundo tema, donde se abordarán los principales puntos controvertidos en torno a la regulación y práctica de este instituto en el Derecho Laboral brasileño, a saber: a) costos involucrados con el teletrabajo; b) falta de control de la jornada laboral y derecho a la desconexión; c) accidentes de trabajo; d) teletrabajo y desigualdad de género.

El marco teórico adoptado en este artículo entiende que los derechos laborales son derechos humanos, lo que impone una interpretación que efectivamente respeta la idea de dignidad humana en las relaciones laborales.

[1] Teixeira, Leonardo Ávila. Empresas decidem fixar o home office na rotina mesmo após a pandemia: https://gq.globo.com/Prazeres/Poder/noticia/2020/05/empresas-decidem-adotar-o-home-office-na-rotina-mesmo-apos-pandemia.html, aceso en: 27.10.2022. Igualmente: Capgemini Research Institute. The Future of Work: From remote to hybrid. Disponible en: https://www.capgemini.com/research/the-future-of-work/, aceso en: 28.10.2022.

II LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN BRASIL

El teletrabajo se materializó como disposición expresa en la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT)[2] en 2011, a través de la Ley nº 12.551/2011[3], que modificó la redacción del artículo 6 y su párrafo único: "Art. 6: No se distingue entre el trabajo realizado en el establecimiento del empleador, el realizado en el domicilio del trabajador y el realizado a distancia, siempre que concurran los supuestos de la relación laboral.

Además, se destacó que la relación de subordinación se mantiene mediante el uso de herramientas tecnológicas: "Párrafo único: Los medios telemáticos e informáticos de mando, control y supervisión son equivalentes, a los efectos de la subordinación legal, a la persona y directa medios de mando, control y supervisión del trabajo de otros".

A pesar de ser una regla muy vaga y simple, este texto legal autorizó la adopción del teletrabajo en la legislación brasileña, que estaba más específicamente regulada dentro de las empresas a través de instrumentos de regulación laboral colectiva (en Brasil existen Convenios Colectivos y Acuerdos de Negociación Colectiva, estos últimos aplicables a todas las empresas y categorías profesionales o las relativas únicamente a una determinada empresa).

Con la Reforma Laboral Brasileña de 2017 (Ley nº 13.467/2017), se creó un capítulo específico para tratar este tema, insertando los arts. 75-A a 75-E en la CLT. A partir de entonces, se definió mejor el concepto de teletrabajo: "Art. 75-B. Se considera teletrabajo la prestación de servicios predominantemente fuera de los locales del empleador, con el uso de tecnologías de la información y la comunicación que, por su naturaleza, no constituyen trabajo externo".

Si bien la Reforma Laboral trajo cinco nuevos artículos sobre el teletrabajo, aún dejó muchos espacios abiertos para la libre negociación en torno a la regulación de este instituto. Véase el contenido del art. 611-A, inciso VIII, de la CLT: "Art. 611-A. La convención colectiva y el convenio colectivo prevalecen sobre la ley cuando, entre otros, prevén: (...) VIII- teletrabajo, régimen de guardia y trabajo intermitente".

---

[2] La CLT, vigente hasta hoy, es una consolidación de la legislación laboral realizada en 1943 por el presidente brasileño Getúlio Vargas, recopilando todas las normas existentes que regulaban la relación de trabajo, siempre que se cumplieran los requisitos de subordinación, habitualidad, personalidad y onerosidad. Otras formas de contratación y ejecución del trabajo no están cubiertas por la CLT, pero por legislación específica o mismo contractos de naturaleza jurídica civil. Brasil. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1 mai. 1943. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, aceso en: 28.10.2022.

[3] Brasil. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília, 15 dez. 2011. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm, aceso em: 1.11.2022.

En Brasil, tales negociaciones también pueden realizarse individualmente, es decir, sin la participación de los sindicatos, cuando el trabajador es considerado "hipersuficiente", es decir, un trabajador que no es considerado vulnerable por la legislación laboral.

La configuración del trabajador "hipersuficiente" ocurre en relación a las personas que tienen título universitario y reciben una remuneración igual o superior al doble del límite máximo pagado por la Seguridad Social brasileña -actualmente fijado en R$ 7.087,00 (siete mil ochenta y cinco siete reales), alrededor de 1.350,00 euros (mil trescientos cincuenta euros): podrán negociar individualmente las condiciones de su contrato de trabajo (art. 444, párrafo único, CLT[4]).

A raíz de la pandemia del COVID-19, se editaron varias normas con el propósito de crear alternativas para la continuidad del empleo y de las actividades económicas, en particular, en lo que es objeto de este artículo, la Medida Provisional nº 927/2020[5], cuyo contenido fue parcialmente reeditado en la Medida Provisional n° 1.046, del 27/04/2021, y, después, en la Medida Provisional 1.108/2022, convertida en la Lei 14.442/2022.

Estas Medidas Provisionales flexibilizaron aún más las normas que regulan el teletrabajo. Uno de los puntos más relevantes fue el permiso para modificar el contrato de trabajo unilateralmente, con independencia de la voluntad de los trabajadores (como es la norma vigente en tiempos normales).

Se eliminó el requisito de una modificación contractual por escrito para alterar el contrato de trabajo con el fin de adoptar el trabajo a distancia (art. 4, Medida Provisional 927/2020), sin embargo, se exigió la fijación de un término por escrito, a ser firmado en 30 días de la conversión de la modalidad de ejecución de la obra, para definir cuál será y quién asumirá los gastos en infraestructura y equipamiento (art. 4, § 3, de la Medida Provisional 927/2020).

La Medida Provisional 927/2020 ya no está vigente en el ordenamiento jurídico brasileño. Así, y con el contexto de pandemia aún vigente a lo largo de 2020, la regulación del teletrabajo en Brasil volvió a quedar limitada a los cinco artículos de la ley introducidos por la Reforma Laboral de 2017, que no son suficientes en el ámbito de la

[4] Art. 444. Párrafo único. La estipulación libre a que se refiere el caput de este artículo se aplica a los casos previstos en el art. 611-A de esta Consolidación, con la misma eficacia jurídica y preponderancia sobre los instrumentos colectivos, cuando se trate de un trabajador con título de educación superior y que perciba un salario mensual igual o superior al doble del límite máximo de las prestaciones del Seguro Social.

[5] Las medidas provisionales son actos normativos primarios dictados por el Presidente de la República (Jefe del Poder Ejecutivo), que producen efectos jurídicos inmediatos similares a los de una ley dictada por el Poder Legislativo, siendo enviadas al Congreso Nacional para deliberar sobre la necesidad de convertirlas. o no en ley en el plazo de 6 meses bajo pena de perder su vigencia. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 1346.

protección de los empleados. Con la continuación del marco de la pandemia también en 2021, con la continuidad y reanudación de las restricciones a la circulación social y al ejercicio de actividades económicas, en abril de 2021, Medida Provisional nº 1.046/2021 de teletrabajo en Brasil, reproduciendo prácticamente lo ya estipulado con la Medida Provisional nº 927/2020.

En esos términos, la Medida Provisional n° 1.046/2021 mantuvo la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato de trabajo, estableciendo que la responsabilidad por los gastos y costos de la ejecución de la obra será negociada y suscrita por contrato escrito y, finalmente, determinó que el uso de equipos tecnológicos, fuera del período de la jornada laboral, no constituyen tiempo a disposición del empleador, régimen de disponibilidad o guardia, salvo pacto en contrario.

A finales de 2022 se publicó la Ley 14.442, resultante de la conversión de la Medida Provisional 1.108/2022, que cambió muchas situaciones cerca del teletrabajo[6]. En esta ley hay algunos puntos muy importantes que deben mencionarse.

Se estableció que el régimen de teletrabajo o trabajo a distancia no se confunde ni equipara con la ocupación de telemarketing u operador de telemarketing, actividad profesional que emplea a un gran número de personas en Brasil, especialmente mano de obra joven y poco calificada.

Por otro lado, se permitió la adopción del teletrabajo o trabajo remoto para pasantes y aprendices (solo aprobando lo que, en la práctica, ya se venía implementando desde 2020, con la llegada de la crisis sanitaria internacional).

El parágrafo 8 del art. 75-B, también introducido por la Ley 14.442/2022, trae un reclamo mínimo a la regulación legal del trabajo realizado por los llamados nómadas digitales: “§ 8 El contrato de trabajo del empleado admitido en Brasil que elige para realizar teletrabajo fuera del territorio nacional, se aplica la legislación brasileña, salvo lo dispuesto en la Ley nº 7.064, de 6 de diciembre de 1982, salvo pacto en contrario entre las partes”.

La Ley 14.442/2022 también abordó otro punto importante, definiendo qué norma colectiva (¿desde qué lugar?) se aplicará a los teletrabajadores y las teletrabajadoras. Conforme al artículo 75-B, § 7º: “Las disposiciones establecidas en la legislación local y en los convenios y convenios colectivos relativos a la base territorial del establecimiento[7]

[6] Brasil. Lei 14.442, de 2 de setembro de 2022. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14442.htm, aceso en: 28.10.2022.

[7] En Brasil, según el art. 8, inciso II, de la Constitución Federal, los sindicatos deben organizarse sobre la base territorial correspondiente al límite geográfico del Municipio:

Art. 8, La asociación profesional o sindical es libre, con sujeción a lo siguiente:

del trabajador se aplicarán a los trabajadores en régimen de teletrabajo". Algunos otros cambios operados por la Ley 14.442/2022 serán abordados en los temas referentes a puntos controvertidos en la regulación del teletrabajo en Brasil.

De esta forma, la escasa regulación regulatoria sobre el teletrabajo sigue siendo la tónica en esta materia, dejando a la clase trabajadora brasileña a merced de negociaciones, principalmente individuales, muchas veces desprotegidas en relación a este importante tema, en las nuevas formas de ejercicio de las relaciones laborales.

III. PUNTOS CRÍTICOS DE LA REGULACIÓN Y PRÁCTICA DEL TELETRABAJO EN BRASIL

Seguidamente presentamos los principales puntos críticos del teletrabajo en la legislación brasilera y en la praxis del medio empresarial.

1. La transferencia de los costes del teletrabajo al trabajador

Una encuesta reciente realizada por economistas de la Universidad de Harvard encontró que aquellos que trabajan desde su domicilio gastan, en promedio, un 7% más que aquellos que trabajan en la sede del empleador[8]. La legislación brasileña no establece, de forma muy clara, quién es responsable de los costos relacionados con el teletrabajo, incluso en la modalidad de *home office*. El art. 75-C CLT sólo indica la necesidad de una previsión contractual expresa cuando se produce el teletrabajo[9].

Por otra parte, el art. 75-D, CLT también establece una regla lacónica respecto de los costes del teletrabajo, indicando que los objetos del mismo constarán en un contrato escrito[10].

Como resultado, la legislación brasileña no determina quién ha de correr con los costos de la obra, dejándolo al juego de las fuerzas de negociación, ya sean colectivas o

---

(...)

II - está prohibida la creación de más de una organización sindical, de cualquier nivel, que represente una categoría profesional o económica, en la misma base territorial, que será definida por los trabajadores o empleadores interesados, y no puede ser menor que el área de un Municipio.

[8] STANTON, Christopher; Tiwari, Pratyush. (2021) Housing Consumption and the Cost of Remote Work. Harvard.

[9] Art. 75-C. La prestación de servicios en modalidad de teletrabajo deberá estar expresamente incluida en el contrato individual de trabajo, en el que se especificarán las actividades a desarrollar por el trabajador.

[10] Art. 75-D. Las disposiciones relativas a la responsabilidad por la adquisición, mantenimiento o suministro de equipos tecnológicos y la infraestructura necesaria y adecuada para la prestación del trabajo a distancia, así como el reembolso de los gastos a cargo del trabajador, se establecerán en un contrato escrito.

individuales. Frente a la asimetría de fuerzas (económicas y sociales) que permean la relación laboral y el contrato de trabajo, este formato normativo deja espacio para que el costo del teletrabajo recaiga directamente sobre los trabajadores, quienes pueden ser obligados a "asumir" tales costos de diferentes formas, negociaciones que son notoriamente desiguales.

Esta posibilidad muy concreta de que sea el trabajador quien pague los costos del trabajo, termina lesionando directamente el principio de alteridad[11], que es uno de los pilares del Derecho del Trabajo, y que impone el riesgo de la empresa al empresariado. El principio de alteridad está previsto en el art. 2. CLT, donde se describe el concepto de empleador: "Artículo 2 - Se considera empleador a la empresa individual o colectiva que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, paga el salario y dirige la prestación personal del servicio".

Como se puede apreciar en esta disposición legal, el empleador es quien dirige los servicios de los trabajadores, paga su remuneración y es responsable de las adversidades de la empresa económica. Este modelo jurídico relacionado con el concepto de empleador, por cierto, no es ajeno a lo que ocurre en la mayor parte del mundo occidental, en particular respecto de quienes regulan la figura jurídica de la relación laboral.

Así, parece que la legislación brasileña dejó, posiblemente a propósito, un gran vacío en relación al tratamiento legal del teletrabajo. Un vacío o, quizás, una verdadera incongruencia con el sistema de protección del empleo, donde, como vimos más arriba, predomina la protección de los pobres y la asunción del riesgo económico por parte del empleador[12].

2. Accidentes de trabajo y medio ambiente laboral

Otra determinación controvertida sobre el teletrabajo en Brasil reside en lo dispuesto en el art. 75-E, CLT, que determina que el empleador debe instruir a sus empleados sobre precauciones para evitar enfermedades y accidentes de trabajo, debiendo suscribirse un acuerdo de reconocimiento[13].

[11] Miziara, Raphael. *A reforma sem acabamento*: incompletude e insuficiência da normatização do teletrabalho no Brasil. RJLB, 4 (6), pp. 1007-1030, 2018. Disponible en: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_1007_1030.pdf; aceso en: 29/10/2022.

[12] Infobae. Aumento del costo laboral y más juicios: cuáles son las críticas de los especialistas a la ley de teletrabajo. Infobae, 20/01/2021. Disponible en: https://www.infobae.com/economia/2021/01/20/aumento-del-costo-laboral-y-mas-juicios-cuales-son-las-criticas-de-los-especialistas-a-la-ley-de-teletrabajo/, aceso en: 30.10.2022.

[13] Véase el contenido del art. 75-E, CLT:

En resumen, se establece un modelo legal en el que la empresa queda prácticamente exenta de cualquier responsabilidad por los accidentes o enfermedades resultantes del trabajo, y ya no existe ninguna responsabilidad por el cuidado del entorno de trabajo, especialmente para garantizar el equipamiento ergonómico necesario.

Otro punto que tampoco encuentra suficiente respuesta normativa en relación al teletrabajo es la enfermedad psíquica/emocional, situación que ha sido recurrente en el *home office*. Porque la constante exposición a las demandas laborales y la hiperconectividad, propias del trabajo desde casa, afectan drásticamente a la salud de los trabajadores: "a través de mecanismos fisiológicos (reacciones neuroendocrinas), cognitivos (pérdida de capacidad de concentración, creatividad, etc.), emocionales (ansiedad, depresión, alienación, etc.) y de comportamiento (adicciones a las drogas, al alcohol, a la asunción de riesgos, etc.), bajo la etiqueta de lo que se conoce como estrés"[14].

Según PERÓN, BENEVIDES y DUARTE: "El Síndrome de Bournout se relaciona con la modalidad de teletrabajo, tanto por el hecho de que el trabajador no tiene una jornada laboral predeterminada, con límites de tiempo preestablecidos, como por el hecho de que el trabajador se vuelve más vulnerable a cuestiones relacionadas con el aislamiento social, lo que genera daños en su salud mental"**[15]**.

La legislación brasileña, como se puede ver, todavía está enfocada en las cuestiones del típico accidente de trabajo, en cuanto se refiere a las normas de seguridad y salud en el trabajo que deben ser seguidas por los empleados (incluso mediante la firma de un compromiso de responsabilidad sobre los parámetros que deben ser observado).

Siempre es importante recordar que, de conformidad con el art. 3, inciso c, del Convenio 155 OIT (Organización Internacional del Trabajo)[16], todo lugar donde se realice

---

Art. 75-E. El patrón debe instruir a los trabajadores, expresa y ostensiblemente, sobre las precauciones que deben tomar para evitar enfermedades y accidentes de trabajo.

Párrafo único. El empleado debe firmar una exención de responsabilidad comprometiéndose a seguir las instrucciones proporcionadas por el empleador.

[14] DELFINO, Folco; MARINO, Jaime. Trabajo y salud fuera de la oficina: la regulación del teletrabajo en Argentina. In: XIV Jornadas Nacionales De Debate Interdisciplinario En Salud y Población: "Salud, derechos y desigualdades: desafíos urgentes", 2020, pp. 0-27.

[15] PERON, Rita de Cássia Andreoli Bazila; BENEVIDES, Camilla Martins dos Santos; DUARTE, Maria Raquel. Efetividade dos direitos sociais do trabalho: aplicação do direito à desconexão como forma de preservar a saúde mental dos teletrabalhadores e evitar o retrocesso social, pp. 260-275, *in:* MANNRICH, Nelson; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antonio; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa (cordinadores). Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho - proteções social, econômica, política e jurídica das relações de trabalho em tempos de crise. Curitiba: Instituto Memória, 2022, p. 271.

[16] Art. 3. A los efectos del presente Convenio:

(...)

el trabajo, aunque no sea en la sede del empleador, será objeto de preocupación y protección de la salud de los trabajadores y de las trabajadoras, incluidos los que realizan teletrabajo.

3. Control del tiempo de trabajo y derecho a la desconexión

En lo que respecta a la jornada laboral en el *home office*, cabe señalar que, en la legislación brasileña, el teletrabajo está incluido en la lista de actividades que no están sujetas al control de la jornada laboral, en los términos del art. 62, inciso III, CLT: "Art. 62. No están comprendidos en el régimen previsto en este capítulo [el capítulo de la CLT que trata de la duración del tiempo del trabajo]: (...) III - los empleados en régimen de teletrabajo".

Así, existe la idea de que la actividad laboral realizada a distancia del empleador se considera incompatible con la fiscalización y regulación del tiempo de trabajo (en Brasil, 8 horas diarias que integran la jornada ordinaria de trabajo, tal como lo expresa la Constitución Federal de 1988: "Art. 7, XIII - jornada normal de trabajo no superior a ocho horas diarias y cuarenta y cuatro horas a la semana, con posibilidad de compensación y reducción de jornada, por acuerdo o convenio colectivo").

Sin embargo, esta "incompatibilidad" es duramente cuestionada por la mayor parte de la doctrina. Con los avances tecnológicos se entiende que existen varios mecanismos técnicos que permiten el control y delimitación de la jornada laboral realizada a distancia, en el modelo de teletrabajo o, más especialmente, en el *home office*. El uso de plataformas digitales o microcomputadoras, con el uso de redes sociales o internet e intranet, así como los diversos softwares desarrollados para monitorear la medición exacta del tiempo dedicado al trabajo, ha ido creciendo progresivamente en los últimos años y, más aún, como resultado de la pandemia de COVID-19.

Conforme a lo anterior, la ausencia de regulación, junto con las exigencias de la forma capitalista de cumplir metas y producir en masa, el teletrabajo convierta al trabajo en una realidad constante e ininterrumpida para muchas personas.

En este sentido, es posible comprobar que son muchos los trabajadores expuestos a una jornada laboral muy larga o incluso indefinida, que, al mezclarse con la residencia, el ocio, el descanso y la familia, genera un gran desgaste mental y físico. Este cuadro muchas veces es conocido como daño existencial.

En respuesta a esta situación inadecuada, a finales de 2022 se publicó la Ley 14.442, resultante de la modificación de la Medida Provisional 1.108/2022, que minimizó las

c) la expresión 'lugar de trabajo' comprende todos los lugares donde los trabajadores deben permanecer o a donde deben ir, y que están bajo el control, directa o indirectamente, del empleador.

situaciones de teletrabajo en las que no existe control sobre la jornada laboral. La redacción del art. 62, inciso III, CLT, pasó a ser la siguiente: “III - empleados en teletrabajo que presten servicio por producción o tarea”.

Es decir, sólo estarán fuera del control legal de la jornada laboral los empleados que trabajen por producción o tarea. Cumplirán con este régimen legal quienes trabajen en una relación laboral que se organice a partir de la jornada ordinaria de ocho horas, aun cuando trabajen fuera de la sede del empleador, en régimen de teletrabajo.

La Ley 14.442/2022 incorporó el § 9° al art. 75-B, CLT, y dispuso un tímido y lacónico avance en relación con esta cuestión: “§ 9° El contrato individual podrá prever los horarios y medios de comunicación entre trabajador y empleador, siempre que ese descanso legal esté asegurado”.

Es decir, se prevé que el contrato individual entre empleador y trabajador/empleado podrá prever formas de comunicación entre ellos (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, aplicaciones para móvil, etc.), siempre que se respeten los períodos previstos por la ley para el descanso, se respetan (en particular, las pausas interdiarias y el descanso semanal retribuido). Sin embargo, como se puede apreciar, este tipo de estipulación contractual no es obligatoria, el mencionado § 9 solo menciona la posibilidad de que se produzca esta garantía ("el acuerdo individual podrá").

El § 5 del art. 75-B, introducido por la Ley 14.442/2022 a la CLT, estableció algunos puntos más en materia de jornada en el teletrabajo: “§ 5º El tiempo de uso de equipos tecnológicos e infraestructura necesaria, así como software, herramientas digitales o aplicaciones de Internet utilizados para el teletrabajo, fuera de la jornada normal de trabajo del trabajador, no constituye tiempo disponible o régimen de disponibilidad o sobre aviso, a menos que haya una disposición de un contrato individual o de un convenio colectivo”.

Este nuevo dispositivo sigue el entendimiento que se ha consolidado desde hace algún tiempo en la Sumula 428[17] del Tribunal Superior del Trabajo (el órgano de cúpula del Poder Judicial especializado en materia juslaboral). En otras palabras, el simple hecho de que la empresa proporcione el aparato tecnológico no constituye jornada laboral, ni siquiera en el teletrabajo. El punto crítico aquí reside en las formas y medios de control y evaluación de si ha habido o no acceso a los equipos tecnológicos para fines pertinentes o ajenos al trabajo.

---

[17] Súmula nº 428 - Guardia. Aplicación análoga del art. 244, § 2, CLT.

I - El uso de instrumentos telemáticos o informáticos proporcionados por la empresa al empleado, por sí solo, no caracteriza el régimen de guardia.

II - Se considera que un empleado está de guardia cuando, a distancia y sujeto al control del empleador por instrumentos telemáticos o informáticos, permanece en servicio o equivalente, esperando en cualquier momento la llamada de servicio durante el período de descanso.

4. Teletrabajo y desigualdad de género

El aumento del teletrabajo durante la pandemia, en particular la modalidad *home-office*, suscitó una importante crítica, en el sentido de que esta modalidad laboral tendría un mayor impacto en las mujeres, quienes además de los compromisos profesionales que desarrollan dentro de la casa, todavía tendrían que soportar tareas relacionadas con el cuidado de los niños y otros miembros de la familia. Este fenómeno, que es un tema relevante en lo que respecta a la desigualdad de género en las relaciones laborales, es conocido en Brasil como "doble jornada" (suma de tareas profesionales con actividades domésticas, notoriamente a cargo de mujeres).

Este es un primer ítem que debe ser registrado en el tema de teletrabajo y desigualdad de género.

En sentido diametralmente opuesto, cabe mencionar la existencia de la Ley 14.457/2022[18], que es resultado de la conversión en Ley de la Medida Provisional 1.116/2022, donde se prevé la política pública denominada “Empleo+Mujeres y Jóvenes”, que se orienta a una mejor empleabilidad de las mujeres (y de la población joven), acompañada de una mejor división de responsabilidades en relación al cuidado con la crianza y educación de los hijos e hijas.

En relación con el objeto de este artículo, la Ley 14.457/2022 establece medidas de apoyo a la crianza a través de la flexibilización del régimen laboral[19], especialmente con la adopción del teletrabajo[20]: esta política pública, por ser aún bastante reciente, no cuenta con datos estadísticos maduros para el análisis sobre su eficacia y efectividad en la promoción del fin para el cual está destinada. Sin embargo, ya se puede ver una ambivalencia inmediata: mientras esta política de empleabilidad de las mujeres puede proporcionar una mejor independencia económica y, por tanto, dotar a las mujeres de un carácter emancipador, este programa estatal puede, de la misma manera, acentuar la

[18] Brasil. Lei 14.457, de 21 de setembro de 2022. Institui o Programa Emprega+Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14457.htm, aceso en: 28.10.2022.

[19] Art. 7, En la asignación de vacantes para actividades que puedan ser realizadas a través del teletrabajo, trabajo a distância o trabajo a distancia, en los términos del Capítulo II-A del Título II de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, aprobado por Decreto-Ley N° 1 de mayo, 1943, los empleadores darán prioridad a:

I - a las trabajadoras y trabajadoras con hijo, hijastro o bajo tutela judicial hasta la edad de 6 (seis) años; y II - a las trabajadoras y trabajadoras con hijo, hijastro o persona bajo custodia judicial con discapacidad, sin límite de edad.

[20] Es necesario mencionar que esta dinámica ya había sido elaborada anteriormente, en términos similares, por la Ley 14.442/2022, que introdujo el art. 75-F CLT: “Art. 75-F. Los empleadores darán prioridad a los trabajadores con discapacidad y a los trabajadores con hijos o bajo tutela judicial hasta los 4 (cuatro) años de edad en la asignación de vacantes para actividades que puedan ser realizadas a través del teletrabajo o trabajo a distancia”.

disparidad de género, como tiene la capacidad, sutilmente, de consagrar la dinámica de la llamada “doble jornada laboral”, pues otorgará a las mujeres una mayor flexibilidad en los horarios de trabajo, incluyendo la posibilidad de trabajar en casa y acumular funciones profesionales y domésticas.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, cabe señalar que esta medida de priorización del teletrabajo para permitir una mayor proximidad en el cuidado de los niños pequeños (menores de seis años) no está dirigida exclusivamente a las mujeres, sino que se habla indistintamente de las madres y padres, apuntando a la necesidad de una mayor participación de los hombres en este proceso de crianza de los hijos.

Esta innovación legal, como hemos visto, es ambivalente, pudiendo tanto acentuar la desigualdad de género con relación al desempeño en el mercado laboral como, y sólo el tiempo lo demostrará, impulsar un cambio saludable en las relaciones culturales y sociales y afectivas, con una mayor participación de los hombres en el cuidado de los hijos.

IV. CONCLUSIÓN

El teletrabajo, como se ha visto a lo largo de este artículo, es una realidad que se ha ido imponiendo en el ámbito laboral debido a la gran innovación tecnológica experimentada en los últimos años, incluso antes del estallido de la crisis sanitaria internacional en 2020.

Este escenario se aplica incluso en relación con Brasil, que es un país de capitalismo periférico.

En relación con la situación de crisis sanitaria, en particular, una de las soluciones para el mantenimiento de las actividades económicas y los empleos fue la adopción inmediata y masiva del teletrabajo, generalmente regulado en una perspectiva de emergencia (provisional y precaria).

Sin embargo, incluso después de terminado el período de emergencia, el teletrabajo se ha arraigado y seguirá siendo una forma importante de organización de las relaciones laborales (aunque predomine un formato híbrido).

Es posible identificar, al menos en Brasil, una forma de adopción abusiva del teletrabajo, con mucha más demanda de la clase trabajadora, como jornadas laborales muy superiores a la normal, debido a la hiperconectividad que se impuso, así como al hecho de que los costos del teletrabajo se trasladaron en general a los trabajadores, quienes pasaron a utilizar la energía de sus casas, de sus equipos privados, de sus propias redes de internet, entre otros.

Otro punto crítico en el modelo brasileño de teletrabajo radica en la tibieza de la regulación legal en torno al medio ambiente de trabajo, donde se limita a imponer a los

empleadores orientaciones sobre los comportamientos y conductas que deben adoptar los empleados y las empleadas, quienes se comprometen a firmar un compromiso al respecto.

Asimismo, la desigualdad de género también aparece como un punto controvertido en este segmento, habiéndose observado, especialmente en la pandemia, que las mujeres acumularon aún más actividades profesionales con las tareas del hogar.

Aun así, y en sentido diametralmente opuesto, se publicó recientemente en Brasil la Ley 14.457/2022, que eligió el teletrabajo como una posible solución para mejorar la empleabilidad de las mujeres.

En términos generales, es en este contexto en el que presentamos el teletrabajo y su regulación legal en Brasil: una herramienta proporcionada por el imparable avance de la tecnología, que puede ser muy bien aprovechada, siempre que se mantengan los puntos sensibles que hemos señalados a lo largo de este texto, y una regulación equilibrada que evite una sensible reducción del ámbito de protección de los derechos laborales, especialmente cuando se compara con la legislación de muchos otros países.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1 mai. 1943. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, aceso en: 28.10.2022.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponible em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Aceso em: 1.11.2022.

____. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília, 15 dez. 2011. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm, aceso em: 1.11.2022.

____. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, 22 mar. 2020 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm.

____ Lei 14.442, de 2 de setembro de 2022. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14442.htm, aceso en: 28.10.2022.

____ Lei 14.457, de 21 de setembro de 2022. Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14457.htm, aceso en: 28.10.2022.

CAMINOS, Juan Ignacio. Algunos interrogantes surgidos a raíz del teletrabajo producto de la pandemia COVID-19. Revista de estudio de derecho laboral y derecho procesal laboral, 2 (2), p. 59-70, 2020.

Capgemini Research Institute. The Future of Work: From remote to hybrid. Disponible en: https://www.capgemini.com/research/the-future-of-work/, aceso en: 28.10.2022.

CARELLI, Rodrigo. O teletrabalho. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SOUTO SEVERO, Valdete (coord.). Resistência - aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, p. 327-334, 2017.

DELFINO, Folco; MARINO, Jaime. Trabajo y salud fuera de la oficina: la regulación del teletrabajo en Argentina. In: XIV Jornadas Nacionales De Debate Interdisciplinario En Salud y Población: "Salud, derechos y desigualdades: desafíos urgentes", 2020.

LIMA FILHO, Fulgêncio de; GOMES PEREIRA, Eddla Karina. Precarização das relações laborais: análise crítica sobre as disposições do teletrabalho na lei 13.467/2017. Revista De Direito, 12 (01), 01-19. Disponible en: https://doi.org/10.32361/202012019871, aceso en: 30.10.2022.

HARARI, Yuval Noah. Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade. Trad. Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

INFOBAE. Aumento del costo laboral y más juicios: cuáles son las críticas de los especialistas a la ley de teletrabajo. Infobae, 20/01/2021. Disponible en: https://www.infobae.com/economia/2021/01/20/aumento-del-costo-laboral-y-mas-juicios-cuales-son-las-criticas-de-los-especialistas-a-la-ley-de-teletrabajo/, aceso en: 30.10.2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIZIARA, Raphael. A reforma sem acabamento: incompletude e insuficiência da normatização do teletrabalho no Brasil. RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira, vol. 4 (6), p. 1007-1030. Disponible em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_1007_1030.pdf, aceso em: 29.10.2022.

NAHAS, Thereza C.; MARTINEZ, Luciano. (2020) Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da Seguridade Social e da de prevenção de riscos laborais, 2020. Disponible en: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/04/brasil_noticias_cielo_coronavirus.pdf. Aceso en: 30.10.2022.

PERON, Rita de Cássia Andreoli Bazila; BENEVIDES, Camilla Martins dos Santos; DUARTE, Maria Raquel. Efetividade dos direitos sociais do trabalho: aplicação do direito à desconexão como forma de preservar a saúde mental dos teletrabalhadores e evitar o retrocesso social, p. 260-275, *in:* MANNRICH, Nelson; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antonio; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa (cordinadores). Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho - proteções social, econômica, política e jurídica das relações de trabalho em tempos de crise. Curitiba: Instituto Memória, 2022.

RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. (2011) Teletrabalho: a tecnologia transformando as relações de trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponible en: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14062012-112439/en.php, aceso en: 28.10.2022.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do Direito à Desconexão do Trabalho. Disponible en: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf, aceso en: 30.10.2022.

STANTON, Christopher; Tiwari, Pratyush. (2021) Housing Consumption and the Cost of Remote Work. Harvard.

TEIXEIRA, Leonardo Ávila. Empresas decidem fixar o home office na rotina mesmo após a pandemia: https://gq.globo.com/Prazeres/Poder/noticia/2020/05/empresas-decidem-adotar-o-home-office-na-rotina-mesmo-apos-pandemia.html, aceso en: 27.10.2022.

EL DESPIDO INTEMPESTIVO DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN EL SECTOR PRIVADO, DURANTE LA PANDEMIA POR COVID-19 EN EL ECUADOR

Por

ANDREA E. LÓPEZ JARAMILLO / VÍCTOR FERNÁNDEZ BRACERO
Gerente General de Polilegal S.A. Ecuador / Abogado español, socio en Polilegal S.A. Ecuador
Docentes Universitarios

andrealopez@polilegal.ec / victorfernandez@polilegal.ec

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

RESUMEN: Desde el mes de marzo de 2020, a raíz de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, el Ecuador ha enfrentado un panorama sensible en el ámbito de las relaciones laborales. Los llamados estados de excepción, que dieron lugar a restricciones a la libertad de tránsito y reunión, desembocaron en la suspensión de actividades para salvaguardar la salud de la población; y, consecuentemente, en la emisión de nuevas reglas y directrices para los trabajadores. Sin duda, un panorama devastador a nivel mundial, y específicamente para el Ecuador, en donde, además de perder vidas humanas, se perdieron significativas fuentes de trabajo y se modificaron las condiciones laborales en desmedro de los trabajadores, sin importar su condición. Bajo esta óptica, en el presente trabajo se analizan las regulaciones laborales que se aplicaron durante la pandemia provocada por el Covid-19, en contraste con la norma aplicable a los trabadores discapacitados sujetos al Código del Trabajo, para, finalmente, plantear el escenario procesal que enfrenta este colectivo de atención prioritaria en los juzgados del país.

PALABRAS CLAVE: Derecho laboral; empleados privados; discapacidad; trabajadores discapacitados; despido intempestivo; emergencia sanitaria; acuerdos ministeriales.

SUMARIO: I. Breve contextualización de los derechos de los trabajadores en el Ecuador.- II. Regulación del despido intempestivo en la normativa ecuatoriana.- III. Protección al trabajador con discapacidad en el ordenamiento jurídico.- IV. La pandemia por Covid-19 y la normativa laboral expedida para el sector privado.- V. Los despidos intempestivos de trabajadores con discapacidad en el sector privado.- VI. El proceso judicial de despido intempestivo de trabajadores con discapacidad, durante el Covid-19.- VII. Conclusiones.- VIII. Bibliografía.

THE UNTIMELY DISMISSAL OF WORKERS WITH DISABILITIES IN THE PRIVATE SECTOR, DURING THE COVID-19 PANDEMIC IN ECUADOR

ABSTRACT: Since March 2020, as a result of the health crisis caused by Covid-19, Ecuador has faced a sensitive panorama in the field of labor relations. The so-called states of emergency, which gave rise to restrictions on freedom of movement and assembly, led to the suspension of activities to safeguard the health of the population; and; consequently, in the issuance of new rules and guidelines for workers. Undoubtedly, a devasting scenario wordwide; and specifically for

Ecuador, where, in addition to losing human lives, significant sources of work were lost and working conditions were modified to the detriment of workers, regardless of their condition. From this perspective, in this paper the labor regulations that were applied during the pandemic caused by Covid-19 are analyzed, in contrast to the norm applicable to disabled workers subject to the Labor Code, to finally, propose the procedural scenario that faces this priority care group in the courts of the country.

KEYWORDS: Labor law; private employees; disability; disabled workers; untimely dismissal; health emergency; ministerial agreements.

SUMMARY: I. Brief contextualization of the rights of workers in Ecuador.- II. Regulation of untimely dismissal in Ecuadorian law.- III. Protection of workers with disabilities in the legal system.- IV. The Covid-19 pandemic and the labor regulations issued for the private sector.- V. Untimely dismissals of workers with disabilities in the private sector.- VI. The judicial process of untimely dismissal of workers with disabilities, during Covid-19.- VII. Conclusions.- VIII. Bibliography.

I. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN EL ECUADOR

El Derecho Laboral o Derecho del Trabajo en el Ecuador, así como en el resto de países, posee una significativa importancia, pues supone la aplicación de principios exclusivos de esta rama jurídica en las relaciones laborales, con especial atención en el trabajador, considerado como la parte más débil de estas relaciones; principios que, de forma ardua, se han construido históricamente y a pasos lentos, sobre todo en Latinoamérica.

Es evidente que esta rama del Derecho, ha presentado aceleradas transformaciones en el Ecuador desde la época precolombina, gracias a los avances en la legislación conforme a las circunstancias sociales; transformaciones que han logrado propender a la actualización de los derechos de la clase trabajadora, en la búsqueda de nuevas conquistas. Estos derechos y logros son palpables en el ordenamiento jurídico actual, sin que ello signifique un esmerado cumplimiento o estricta aplicación.

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008, sitúa al trabajo como un derecho y un deber social, así como también un derecho económico que constituye una fuente de realización personal y base de la economía[1]. Esta definición, aparentemente acertada, coincide con la que nos brinda -desde años pasados- Guillermo Cabanellas, al determinar que el trabajo es el esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción u obtención de la riqueza; toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento[2].

[1] Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Artículo 33.

[2] CABANELLAS, G. Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV, Décima Edición. Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 256.

Bajo esta premisa, normativamente, el estado ecuatoriano ha procurado ser garantista de los derechos de los trabajadores a través de su propia Constitución o Carta Magna, Código del Trabajo y un sinnúmero de regulaciones emitidas a lo largo de los últimos años, y acentuadas desde el año 2020, en el que inició la pandemia provocada por el Covid-19. Tal es así que la Constitución de la República prevé garantías suficientes respecto a condiciones justas y dignas de trabajo, igualdad de oportunidades y libertad de trabajo, además de reconocer la irrenunciabilidad de los derechos laborales[3].

Por su parte, el Código del Trabajo, cuya última modificación data de 04 de noviembre de 2021, ha codificado y sistematizado la normativa laboral vigente en el país, regulando las relaciones entre empleadores y trabajadores, en consonancia con los principios y garantías constitucionales que rigen para esta materia. En términos generales, este cuerpo legal contiene disposiciones sobre las modalidades contractuales, formas de remuneración, obligaciones y prohibiciones del empleador, formas de terminación del contrato de trabajo, indemnizaciones y un breve precepto sobre la inclusión de las personas con discapacidad[4], dejando claro que frente a falta de normativa aplicable, se incorporarán normas supletorias del Código Civil y Código Orgánico General de Procesos[5].

Por otro lado, respecto a los trabajadores con discapacidad, es importante remitirnos a la Ley Orgánica de Discapacidades vigente desde el año 2012, mediante la cual, específicamente en el Artículo 51, se garantiza a las personas con discapacidad una estabilidad especial en el trabajo, además de los derechos a rehabilitación, readaptación, capacitación y reinserción[6]. En concordancia con ello, la Constitución de la República garantiza la aplicación de políticas de prevención de las discapacidades, procurando la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración

[3] Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Artículos 33, 34, 39, 66 numerales 2 y 17, 325 y 326.

[4] El Código del Trabajo de 2005, establece: (…) Título… Del trabajo para personas con discapacidad. Art. … El Estado garantizará la inclusión al trabajo de las personas con discapacidad, en todas las modalidades como empleo ordinario, empleo protegido o autoempleo tanto en el sector público como privado y dentro de este último en empresas nacionales y extranjeras, como también en otras modalidades de producción a nivel urbano y rural (…).

[5] Código del Trabajo de 2005. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2006, Artículo 6.

[6] Ley Orgánica de Discapacidades de 2012. Registro Oficial Suplemento 796 de 25 de septiembre de 2012, Artículo 51.

social, reconociendo sus derechos, sobre todo en lo que aquí concierne, al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades[7].

Teniendo claro el panorama respecto a la normativa principal que rige para la relación laboral empleador - trabajador, y considerando que en el país existe una clara protección a los trabajadores con discapacidad, se torna fundamental revisar los parámetros en los cuales un trabajador puede ser despedido de su lugar de trabajo, previo a situarnos en el año 2020, inolvidable por todos.

II. REGULACIÓN DEL DESPIDO INTEMPESTIVO EN LA NORMATIVA ECUATORIANA

Se debe partir del hecho de que el Código del Trabajo ecuatoriano no define de forma expresa lo que ha de entenderse por despido intempestivo, tampoco lo hacen las normas supletorias, o la Constitución, por lo que, necesariamente, debemos recurrir a la doctrina y a la práctica para poder conceptuar a esta figura jurídica.

Retomamos nuevamente las definiciones brindadas por Guillermo Cabanellas, y en lo que a despido se refiere, se sitúa estrictamente en el ámbito laboral, y lo conceptualiza como la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo realizada unilateralmente por el patrono o empresario[8]. Por su parte, según opinión vertida por el Doctor Fidel Jaramillo Terán, ex Ministro Fiscal General del Estado, el despido intempestivo es un acto que ejecuta el empleador para demostrar su voluntad unilateral de dar por terminado el contrato de trabajo vigente; como tal acto, debe probarse su ejecución objetivamente, de modo circunstanciado en tiempo y lugar y con referencia al determinado o los determinados trabajadores afectados por la decisión patronal[9].

Actualmente, una definición práctica y aplicable de despido intempestivo en el Ecuador, nos la brinda el Ministerio del Trabajo, al señalar que el despido intempestivo es la terminación injustificada de la relación laboral de forma unilateral por parte del empleador[10]. No requiere ninguna causal, y cuando se perfecciona proceden las indemnizaciones señaladas en el artículo 188 del Código de Trabajo. En una u otra definición encontramos una evidente condicionante, que no es más que la unilateralidad

---

[7] Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Artículo 47.

[8] CABANELLAS, G. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Décima Edición. Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 690.

[9] CHAVEZ, M. El Despido Intempestivo, Segunda Edición. Quito, Ecuador, 2007, p. 104

[10] Definición de despido intempestivo. Ministerio del Trabajo. Disponible en el siguiente enlace: https://www.trabajo.gob.ec/sector-privado/#:~:text=El%20despido%20intempestivo%20es%20la,188%20del%20C%C3%B3digo%20del%20Trabajo. Última consulta: 13 de octubre de 2022.

que opera por parte del empleador hacia el trabajador, es decir, la voluntad propia y única del empleador de concluir con la relación laboral, sin que medie algún tipo de aceptación o capacidad de decisión por parte del trabajador, siendo la figura más drástica de desvinculación laboral al no exigir requisito o condición previa alguna.

Teniendo clara la definición y naturaleza del despido intempestivo, procede remitirnos a la normativa existente respecto a esta figura jurídica. Específicamente, el artículo 188 del Código de Trabajo, establece que el empleador que despidiere intempestivamente al trabajador deberá indemnizarlo de acuerdo al tiempo de servicio, y conforme a la siguiente escala pre determinada: a) Hasta tres años de servicio, con un valor correspondiente a tres meses de remuneración; y, b) De más de tres años de servicio, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que exceda de veinte y cinco meses de remuneración, considerándose que la remuneración abarca todo lo que el trabajador reciba en dinero, servicios, especies, trabajos extraordinarios y suplementarios, comisiones, participación en beneficios, los aportes individuales al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) -entidad competente y recaudadora de aportes-, y cualquier otra retribución que tenga carácter normal, de acuerdo a la industria o servicio del que se trate[11]. En la práctica, forma parte de la remuneración, además de los ya señalados, valores correspondientes a alimentación, viáticos permanentes, movilización y bonos adicionales.

Es importante aclarar que, esta unilateralidad del empleador que configura el despido intempestivo, se exime cuando cabe aplicar un visto bueno[12] por casos como:

---

[11] El artículo 95 del Código de Trabajo vigente dispone: "Sueldo o salario y retribución accesoria.- Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio. Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades el pago mensual del fondo de reserva, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera y decimocuarta remuneraciones, la compensación económica para el salario digno, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social".

[12] MORENO, X., nos da una breve introducción sobre visto bueno a saber: "En un contrato de tracto sucesivo como es el contrato de trabajo, diversas circunstancias externas pueden ponerlo en riesgo de terminación; en unos casos, procedentes de causas ajenas a la voluntad de las partes, que no pueden ser superadas, como el caso fortuito, la fuerza mayor, la muerte del trabajador, o del empleador, etc.; pero hay otras, imputables a una de las partes, que pueden ser causa de terminación unilateral del contrato, estas últimas, supeditadas a la voluntad de una de ellas por una causa que amerita tal terminación. Nuestro país ha dado solución a la terminación unilateral por causa justificada, optando por dos caminos diferentes, el uno, el visto bueno, en donde se demostrará la existencia de la causal ante la autoridad administrativa responsable que es el inspector del Trabajo, y el otro, concebido en determinadas circunstancias, permite la separación de hecho o el abandono del trabajo, según el caso, no siendo necesario en este último probarlo previamente; únicamente deberá hacérselo ante la autoridad judicial cuando alguna de las partes se sintiere perjudicada con aquella decisión unilateral". MORENO ECHEVERRÍA, X. "Análisis

incumplimiento del trabajador en casos de faltas injustificadas y repetidas de puntualidad, abandono del puesto de trabajo por más de tres días sin justificación, indisciplina o desobediencia severa a los reglamentos internos, conducta inmoral del trabajador, injurias graves emitidas al empleador o su familia, ineptitud manifiesta del trabajador, acoso laboral, entre otras, en virtud de que el despido se produce, justamente, por una o más de las causales señaladas en el artículo 172 del Código del Trabajo. En casos de visto bueno, evidentemente, no se configura el despido intempestivo, y no cabe de ninguna manera, indemnización relativa a esta figura jurídica.

Por otro lado, cabe indemnización por despido intempestivo cuando es el trabajador quien da por terminado el contrato, de forma unilateral, previo visto bueno, en casos como los previstos en el artículo 173 de la norma *ut supra*: injurias graves en su contra, falta de pago o de puntualidad en su remuneración, o disminución de la misma, cambio de labores distinta a la convenida, y acoso laboral por parte del empleador o sus representantes legales. Lógicamente, la terminación de la relación laboral por dichas causales, conlleva a una afectación significativa para el trabajador, no sólo económicamente, sino también emocionalmente, al enfrentarse a un escenario probatorio incierto, con la parte más "fuerte" de la relación laboral, aun conociendo el principio *indubio pro operario*[13] que rige en el Ecuador. Bajo esta premisa, el legislador ha pretendido resarcir este "daño" estableciendo enfáticamente el derecho a percibir, en estos casos, la indemnización por despido intempestivo, además de otras, que legalmente fueren aplicables.

Más allá de la enumeración de las causales de visto bueno, sea atribuible al empleador o al trabajador, debemos concluir que, si bien esta figura no entra en discusión en el presente estudio, la normativa ecuatoriana ha dejado claramente establecido que el despido intempestivo y su indemnización se limita a causales específicas, que no pueden ir más allá de las establecidas en la ley. Esta aproximación del despido intempestivo, aflora un sinsabor al confirmar la ausencia de una conceptualización clara y precisa en la normativa laboral ecuatoriana; pero también,

crítico de las instituciones del visto bueno y de la jubilación patronal en el Código del Trabajo ecuatoriano". Revista de Derecho Nº 19. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2013. P. 217.

[13] Se conoce como *indubio pro operario* como la "locución latina que indica que, en el caso de duda, se favorecerá al trabajador. En sentido jurídico, por ser de naturaleza exclusivamente hermenéutica, cabe en caso de plantearse dudas razonables al momento de interpretar una norma, o sobre el alcance de las disposiciones, debiendo darse en el sentido que más favorezca al trabajador. (Herrera y Jhayya, 2008). Cuadernos de Jurisprudencia Laboral. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014. Primera Edición, diciembre 2014. P. 155. Disponible en el siguiente enlace: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/coleccion%20jurisprudencial/Laboral.pdf-. Última consulta: 15 de octubre de 2022. De igual manera el Artículo 7 del Código del Trabajo dispone que: "En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores".

brota una sensación de perspectiva y esperanza en la labor de los jueces, en la emisión de sus criterios jurisprudenciales, que permitan ampliar el espacio, cabida y argumentación de los derechos del trabajador en general, frente al despido intempestivo.

III. PROTECCIÓN AL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La protección laboral es un tema trascendental para todos los estados, más aún si engloba los derechos de trabajadores con discapacidad, bajo los principios generales de igualdad y no discriminación. Tal y como se expuso, a manera de preámbulo, la Constitución del Ecuador garantiza la aplicación de políticas públicas que permitan equiparar las oportunidades de las personas con discapacidad, frente a las que no la tienen, reconociendo, como uno de los derechos más importantes, el trabajo en igualdad de condiciones[14]. En consonancia con ello, se plasma claramente la prohibición de que cualquier persona sea discriminada por razones de discapacidad, anteponiendo los derechos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos[15], evidentemente, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas laborales y supletorias contenidas en los cuerpos legales respectivos[16].

A efectos de comprender el ámbito de aplicación de las normas contenidas en la Constitución y en las leyes ecuatorianas, respecto a este tema, es importante determinar a quienes se considera personas con discapacidad. Esta definición podemos encontrarla en el Acuerdo Ministerial Nº MDT-2018-0175, de 09 de agosto de 2018, emitido por el Ministerio del Trabajo, en cuyo artículo 3, señala que "*Se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una*

[14] Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Artículo 47.

[15] Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Artículo 11, numerales 2 y 3.

[16] El artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 dispone: "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados".

proporción equivalente al treinta por ciento (30%) de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional"[17].

Comprendida la esfera de aplicación, debemos manifestar que los postulados constitucionales sitúan a las personas con discapacidad dentro del grupo de atención prioritaria tanto en el sector público, como en el privado[18]. Esta afirmación es sumamente importante debido a la connotación de protección especial adicional que se reflejaría en el ámbito laboral. En cuanto al sector público, este colectivo tiene atención prioritaria en los servicios públicos, tales como salud, alimentación, vivienda, seguridad social, inclusión social, entre otros; así como también en cuanto a su estabilidad laboral; mientras que, en el sector privado, debe considerase la atención prioritaria, inexcusablemente, para las contrataciones y para los trabajadores con discapacidad que laboran en las empresas, además de todo lo relacionado con los bienes y servicios que ofertan, y cuyos beneficios incluyen planes y programas privados coordinados. Todo ello, se condensa en las políticas públicas o medidas adoptadas por el Estado que son de obligatorio cumplimiento.

Paralelamente, el Plan Nacional de Desarrollo Toda Una Vida 2017 - 2021, vigente en la época de pandemia, en su Objetivo 1 realzaba la garantía de una vida digna con iguales oportunidades para todas las personas, procurando reducir y eliminar la vulnerabilidad de las personas de grupos de atención prioritaria, frente a factores económicos y sociales, reafirmando que son prioridad en cuanto a aplicación de políticas públicas[19]. En igual sentido, se mantiene el Plan Nacional de Desarrollo 2021 - 2025, actualmente vigente, planteando como meta, inclusive, aumentar el número de personas

[17] El Acuerdo Ministerial Nº MDT-2018-0175, de 09 de agosto de 2018, en su artículo 3, literales b) y c), define también a sustitutos directos y sustitutos por solidaridad humana, quienes también deben ser tomados en cuenta para la aplicación de normas favorables. Se consideran trabajadores sustitutos directos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales, y podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral siempre y cuando el niño, niña o adolescente tenga discapacidad igual o mayor al 30%; de igual manera, se considera como trabajadores sustitutos directos a los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho legalmente constituida, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa igual o mayor al 75%. Por su parte, sustituto por solidaridad humana se entiende que son aquellas personas que, sin tener parentesco de consanguinidad o afinidad, pueden ser incluidas laboralmente en sustitución de una persona con discapacidad severa, que no cuente con referente familiar y que por su condición de severidad está impedida de hacerlo.

[18] Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Artículos 35 y 48.

[19] Plan Nacional para el Buen Vivir 2017 2021. Resolución 2. Registro Oficial Suplemento 71, de 04 de septiembre de 2017 (fue actualizado por el Plan Nacional de Desarrollo 2021 2025).

con discapacidad y/o sustitutos insertados en el sistema laboral de 70.273 a 74.547, para el año 2025[20].

De otra parte, el Código del Trabajo obliga al empleador público o privado -que cuente con veinticinco o más trabajadores en su nómina-, a contratar, al menos, a una persona con discapacidad para labores permanentes propias de la empresa, que se consideren apropiadas a los conocimientos, aptitudes y condición física; número o porcentaje que se debe incrementar conforme a los años, hasta llegar al quinto, en adelante, en los cuales la contratación debería ser del 4% del total de los trabajadores[21]. Para tal efecto, los empleadores están obligados a realizar las adaptaciones necesarias en los puestos de trabajo, inclusive las relativas a accesibilidad al medio físico, y de incumplir con estas disposiciones en cuanto a contratación, se prevé multas económicas mensuales, equivalentes a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador (el salario básico actual en el país son USD. 425), para empleadores del sector privado, y sanción administrativa y pecuniaria de un sueldo básico para las instituciones que conforman el sector público[22].

Ahora, en cuanto al despido intempestivo de trabajadores con discapacidad, el artículo 195.3 del Código de Trabajo estipula, explícitamente que, para su indemnización, se tendrá que aplicar la norma o normas pertinentes de la Ley Orgánica de Discapacidades. Esta norma es interpretada, con independencia a las indemnizaciones que determina el Código de Trabajo, entendiéndose desahucio, despido intempestivo como tal para un trabajador en general, pago de remuneraciones pendientes, vacaciones, y otros rubros de acuerdo a cada caso en concreto.

Bajo este preámbulo, la Ley Orgánica de Discapacidades reafirma que el tema de la discapacidad es considerado de atención prioritaria. Esta ley, tiene por objeto la protección de los derechos de los discapacitados, y extiende dicha protección a los ecuatorianos en el exterior, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal y a las instituciones públicas, semipúblicas y privadas sin fines de lucro, que se dediquen a la atención, protección y cuidado de personas con discapacidad[23].

---

[20] Plan Nacional de Desarrollo 2021 - 2025. Resolución 2. Registro Oficial Suplemento 554, de 23 de septiembre de 2021. Objetivo 1, Metas al 2025, Numeral 1.1.4.

[21] Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 42 numeral 33.

[22] Acuerdo Ministerial 276 del Ministerio de Trabajo, publicado en el Registro Oficial Suplemento 604, de 23 de diciembre de 2021. Se establece que para el año 2022, el salario básico unificado (SBU) en el Ecuador es de $425.

[23] Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial Suplemento 796, de 25 de septiembre de 2012. Artículo 2. Esta disposición va anclada directamente con el Acuerdo Ministerial Nº MDT-

Por tanto, el panorama luce alentador en cuanto a la protección de derechos de las personas con discapacidad, tales como salud, educación, vivienda, cultura, deporte, recreación, trabajo y capacitación, aspectos que son regulados por la Ley Orgánica de Discapacidades y su Reglamento[24]. La pregunta que cabe en estos momentos es: ¿La normativa actual es suficiente para proteger los derechos laborales de los trabajadores con discapacidad? Ante este interrogante, más adelante se plantearán las primeras luces.

El artículo 45 de esta Ley, determina que este grupo de atención prioritaria tiene derecho a acceder a un trabajo remunerado en igualdad de condiciones y a no ser discriminados en el área laboral, considerándose aspectos como selección, contratación, capacitación e indemnización. Para lograr este fin, las instituciones públicas son, evidentemente, las encargadas de establecer políticas laborales justas y viables para lograr el respeto e inclusión de este colectivo en el ámbito laboral, rigiéndose a lo establecido en el Código del Trabajo, en cuanto a la contratación del 4% de personas con discapacidad, en los casos en que los empleadores, públicos o privados, cuenten con un mínimo de veinticinco trabajadores.

Ahora, respecto a estabilidad laboral y casos de despido, el artículo 51 cobija a los trabajadores discapacitados y a quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, con una explícita y reforzada protección laboral, previendo que, de ser despedidos injustificada y unilateralmente por parte del empleador (despido intempestivo), deban ser indemnizados con un valor equivalente a dieciocho meses de la mejor remuneración del trabajador, adicional a la indemnización legal que corresponda[25], al amparo del Código de Trabajo. En general, la Ley de Discapacidades destaca un sinnúmero de acciones afirmativas para contrarrestar cualquier acto de desigualdad y discriminación a este grupo, y, en consonancia con el principio *in dubio pro operario*

2018-0175, de 09 de agosto de 2018, en cuyo artículo 3, literales b) y c), define a sustitutos directos y sustitutos por solidaridad humana.

[24] Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades. Decreto Ejecutivo 194. Registro Oficial Suplemento 109, de 27 de octubre de 2017.

[25] Art. 51.- Estabilidad laboral.- "Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la cesación de funciones por supresión de puestos o por compra de renuncias con indemnización, no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional". Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial Suplemento 796, de 25 de septiembre de 2012.

descrito en líneas anteriores, consagra el principio *in dubio pro hominem*, que manifiesta que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones normativas, éstas se deben aplicar en el sentido más favorable y progresivo a la protección de derechos de las personas con discapacidad[26].

A manera de conclusión, estamos frente a una ley que nace debido a la necesidad de plasmar y reafirmar los derechos constitucionales a favor de las personas con discapacidad, en atención a que constituyen un grupo de atención prioritaria, y esto, justamente, exige un trato diferenciado por parte del sector público, es decir, del propio Estado, y de los actores que conforman del sector privado, con la finalidad de lograr equiparar los derechos y oportunidades, sobre todo, en el campo laboral.

IV. LA PANDEMIA POR COVID-19 Y LA NORMATIVA LABORAL EXPEDIDA PARA EL SECTOR PRIVADO

Desde finales del año 2019 e inicios del 2020, se desató una crisis de salud mundial que supuso el desafío más grande que todos los países han atravesado: enfrentar al desconocido y denominado Covid-19. Para el Ecuador no fue diferente, el virus vino a desestabilizar al país en todos los niveles y campos, uno de ellos, el laboral, modificándose las condiciones de trabajo y produciéndose innumerables despidos de trabajadores en el sector privado.

Vamos a iniciar haciendo alusión al Acuerdo 00126-2020, de 11 de marzo de 2020, mediante el cual, el Ministerio de Salud Pública declaró el estado de emergencia sanitaria en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa, debido a la inminente posibilidad del efecto provocado por el coronavirus, y para prevenir un posible contagio masivo en la población[27].

Inmediatamente a esta disposición, se promulgaron las primeras directrices y lineamientos para la implementación del teletrabajo emergente ante la declaración de la emergencia sanitaria. Tal es así, que, el Acuerdo Ministerial MDT-2020-076-Teletrabajo Emergente, de fecha 12 de marzo de 2020, expedido por la máxima autoridad del trabajo -Ministerio del Trabajo-, reguló inicialmente esta modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial, es decir, permitiendo que los trabajadores, tanto del sector público, como del privado, realicen sus actividades fuera de las instalaciones en donde

[26] Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial Suplemento 796, de 25 de septiembre de 2012. Artículo 4, numeral 2.

[27] Acuerdo Nº 00126-2020, de 11 de marzo de 2020, emitido por el Ministerio de Salud Pública. Registro Oficial Suplemento Nº 160, de 12 de marzo de 2020.

desarrollan sus actividades laborales, sin alterar ni afectar las condiciones generales de la relación laboral.

No obstante, al cabo de pocos días se expidió el Acuerdo Ministerial MDT-2020-077, de 15 de marzo de 2020, regulándose las directrices para que los trabajadores y empleadores puedan acogerse a las figuras de reducción, modificación y/o suspensión de la jornada, determinándose ya, alternativas temporales para las empresas frente a este panorama.

Mediante Decreto Presidencial Nº 1017, de fecha 16 de marzo de 2020, se declaró de manera oficial el estado de excepción en todo el Ecuador, entendido éste, como una herramienta constitucional que permite otorgar ciertas facultades extraordinarias, específicamente al Presidente, con el fin de actuar y vencer circunstancias consideradas como extraordinarias, que acechen al país. Este Decreto se expidió, una vez que la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia de Covid-19, y sus efectos fueron los siguientes: a) Movilización de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas, Ministerio de Salud Pública y el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, conforme a sus competencias, para mitigar los efectos del virus y garantizar los derechos de las personas en todo el territorio ecuatoriano; b) Suspensión del derecho a la libertad de tránsito y derecho a la libertad de asociación y reunión, con la finalidad de mantener cuarentena comunitaria y contener el contagio de la enfermedad, con excepción para quienes deban prestar un servicio público o privado de provisión de servicios básicos o servicios necesarios, miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas, personal sanitario; y, personas que se movilicen por razones de salud y por abastecimiento de víveres, medicamentos y combustibles, limitándose al número de matrícula del vehículo en el cual se movilizaran[28].

Una vez vigentes las normas relativas a la reducción, modificación o suspensión de la jornada laboral, como se expuso anteriormente, el Ministerio del Trabajo decidió ampliarlas a través del Acuerdo Ministerial MDT-2020-080, de 28 de marzo de 2020. Básicamente, este nuevo Acuerdo incorporó la posibilidad de recuperación de horas, establecimiento de calendarios de pago por suspensión emergente de la jornada laboral, y fijación vacaciones acumuladas y anticipadas, flexibilizando a trabajadores y empleadores a convenir conforme a la situación económica de la empresa.

Haciendo un paréntesis en la expedición de estas nuevas directrices en el ámbito laboral, vale relievar que, los empresarios, al verse significativamente afectados por el cierre de sus negocios y compañías, buscaron, a través de sus abogados, una alternativa legal para poder dar por terminados los contratos laborales con sus

[28] Decreto Ejecutivo Nº 1017, de 16 de marzo de 2020, suscrito por el ex Presidente Constitucional Lenin Moreno Garcés.

trabajadores. Esta alternativa se encontró, de manera urgida, en el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo, que posibilitaba a terminar un contrato individual de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, limitando tales episodios a: incendios, terremotos, tempestades, explosiones, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar; a esta norma, se la interpretó conjuntamente con el artículo 30 del Código Civil ecuatoriano[29], que complementaba la definición de fuerza mayor o caso fortuito. Fue de esta manera, que se empezó a vislumbrar una fatal pérdida de empleo, a pesar de los intentos paliativos de que empleadores y trabajadores lleguen a un acuerdo en cuanto a reducción, modificación o suspensión de la jornada laboral.

Regresando a la difusión normativa, mediante Acuerdo Ministerial MDT-2020-081, de 10 de abril de 2020, que reformó, a su vez, el Acuerdo Ministerial MDT-2017-135, relativo al Instructivo para el Cumplimiento de las Obligaciones de los Empleadores Públicos y Privados[30], se agregó, específicamente, una Disposición Transitoria Séptima, misma que constituyó el inicio de los cuestionamientos al artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo, pues obligaba al empleador que alegue la terminación del contrato individual de trabajo, conforme a la causal sexta del artículo 169 en mención, a registrar en el Sistema Único de Trabajo (SUT) del Ministerio del Trabajo[31] los fundamentos que hayan servido de sustento para la terminación del contrato, responsabilizando exclusivamente al empleador respecto a la información registrada, y estableciendo un tiempo máximo de 24 horas para dicho registro, desde la terminación. Para garantizar el cumplimiento de ello, se fijó una sanción económica consistente en un mínimo de tres y un máximo de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general, además de la obligación del empleador de notificar al trabajador sobre la terminación del contrato de trabajo, por cualquier medio legal admitido.

---

[29] Artículo 30 del Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005. En éste, se establece que “se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

[30] El Acuerdo Ministerial MDT-2017-081, de 10 de abril de 2020, expedido por el Ministerio del Trabajo, aprobó el Instructivo para el Cumplimiento de las Obligaciones de los Empleadores Públicos y Privados. Este documento está dividido en cinco capítulos cortos, y regula, en lo principal: el cumplimiento de las obligaciones del empleador respecto al registro de datos de sus trabajadores, registro de actas de finiquito, pago por consignación, obligaciones en materia de salud, seguridad y gestión integral de riesgos en el trabajo, y registro de reglamentos internos ante la autoridad competente.

[31] El Sistema Único de Trabajo, es una plataforma que permite registrar la gestión de talento humano, tanto de las empresas privadas, como del sector público. Disponible en el siguiente enlace: https://sut.trabajo.gob.ec/. Última consulta: 18 de octubre de 2022.

Visto el panorama, y ante la primera ola de despidos durante esas cortas semanas, la máxima autoridad del trabajo, a través del Acuerdo Ministerial MDT-2020-089, de 28 de abril de 2020, publicó el procedimiento emergente de denuncias presentadas durante la declaratoria de estado de excepción por calamidad pública, cuyo objetivo fue detectar actos u omisiones generados por las obligaciones laborales de empleadores del sector público y privado, que tengan personal trabajando bajo el régimen del Código del Trabajo[32].

Inmediatamente, ante el desconocimiento e incertidumbre generados por el virus, se aprobó la obligación de registrar las jornadas laborales especiales emergentes en el Ministerio del Trabajo[33]; y, a la par, mediante Acuerdo Ministerial MDT-2020-093, de 03 de mayo de 2020, se expidieron las Directrices para la Reactivación Económica a través del Retorno Progresivo al Trabajo del Sector Privado. Desacertada o no, esta decisión, respecto a la prevención de contagios, tiene su relevancia pues incorporó la primera garantía, o, mejor dicho, ratificó las garantías constitucionales y legales existentes de los trabajadores en situación de vulnerabilidad, señalando que la modalidad de teletrabajo emergente en los domicilios es obligatoria para los trabajadores que pertenezcan a los grupos de atención prioritaria[34].

Finalmente, a la luz de las intenciones normativas para enfrentar al virus en los ámbitos económico, social y laboral, el 22 de junio de 2020, entró en vigor la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario[35], cuya finalidad se enmarcó en establecer medidas tendientes a aligerar los efectos adversos ocasionados por el Covid-19 y reactivar la economía y el sector productivo del país. Dentro de estas medidas, se sitúan las de sostenibilidad del empleo, tales como los acuerdos económicos de preservación de

[32] El Acuerdo Ministerial MDT-2020-089, de 28 de abril de 2020, reguló el proceso para la recepción de denuncias, requisitos y trámite de las denuncias, y las sanciones económicas con un limitante de hasta veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

[33] Acuerdo Ministerial MDT-2020-092, de 03 de mayo de 2020.

[34] En el Acuerdo Ministerial MDT-2020-093, de 03 de mayo de 2020, específicamente en el artículo 5, se dispuso de manera expresa lo siguiente: "De los trabajadores en situación de vulnerabilidad: Los trabajadores que pertenezcan a los grupos de atención prioritaria, conforme lo previsto en el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador, los trabajadores que tengan la calidad de sustitutos de personas con discapacidad y los trabajadores que no deben asistir al lugar de trabajo de conformidad con la "Guía y plan general para el retorno progresivo a las actividades laborales MTT6-003 de 2020", aprobada por el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional (COE), el 28 de abril de 2020, mantendrán o se acogerán a la modalidad de teletrabajo emergente en sus domicilios, adaptando sus actividades laborales a esta modalidad (…) El empleador adaptará las actividades laborales de los trabajadores determinados en este artículo, para que estas se realicen desde su domicilio considerando el grado de discapacidad del trabajador y/o la naturaleza de sus labores. El Ministerio del Trabajo realizará controles y verificaciones necesarias para precautelar el cumplimiento de los derechos de los trabajadores y la ley".

[35] Ley publicada en el Registro Oficial Suplemento 229, de 22 de junio de 2020.

fuentes de trabajo entre trabajadores y empleadores[36], el contrato especial emergente[37], y la reducción emergente de la jornada de trabajo[38]. Concordantemente con estas medidas de preservación de empleo, el legislador tuvo una clara intención de restringir el uso ilegítimo y generalizado de la causal de terminación de contratos laborales por fuerza mayor o caso fortuito, prevista en el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, y que se había tornado habitual durante los primeros meses de la pandemia por parte de los empleadores, por lo que a través de una única Disposición Interpretativa en Ley Orgánica de Apoyo Humanitario aclaró taxativamente que la imposibilidad de realizar el trabajo por fuerza mayor o caso fortuito debe estar ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, sea persona natural o jurídica, puntualizando que existirá imposibilidad cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo, ni por los medios físicos habituales, ni tampoco por medios alternativos o telemáticos.

Para complementar esta mesurada Ley, posterior a su entrada en vigor se expidieron varios Acuerdos Ministeriales adicionales con directrices para el registro de modalidades y acuerdos laborales establecidos en el capítulo III, tanto para el sector público como para el privado; directrices para la aplicación de la reducción emergente de la jornada de trabajo; y, reglas para la aplicación del teletrabajo, todas éstas, conforme a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario[39]. De esta manera, se concluye que, si bien la intención de regular el sensible escenario laboral estuvo siempre presente, y se palpa en todas las normas ya mencionadas, su aplicación no ha estado exenta de obstáculos, astucia y perplejidad, situación que ha motivado que los jueces de lo laboral, a través de su jurisprudencia, se vean obligados a complementar o perfeccionar la interpretación de las normas laborales expedidas con ocasión del Covid-19.

---

[36] Los acuerdos de preservación de fuentes de trabajo y sus condiciones, fueron establecidas en los Artículos 16, 17 y 18 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, y permitía en lo principal, alterar las condiciones económicas de la relación laboral, sin que se afecte al salario básico o salarios sectoriales determinados para las jornadas completas o reducidas.

[37] El Artículo 19 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario definió al contrato especial emergente como aquel contrato individual de trabajo por tiempo definido, que se celebra para la sostenibilidad de la producción y fuentes de ingresos en situaciones emergentes o para nuevas inversiones o líneas de negocio, productos, servicios, ampliaciones o modificaciones de giro de negocio, incremento en la oferta de bienes y servicios nuevas o existentes, o en el caso de mayor demanda. Plantea una duración de un año que puede ser renovado por el mismo plazo y por una sola vez, además de permitir una distribución de jornada laboral de hasta 40 horas semanales, distribuidas hasta en 6 días a la semana, sin sobrepasar las 8 horas diarias.

[38] El Artículo 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, determinó la posibilidad de reducir la jornada laboral hasta en un máximo de 50% con el salario proporcional que no puede ser menor al 55% de la fijada, reducción que es aplicable por un año y renovable por el mismo periodo, por una sola vez.

[39] Acuerdo Ministerial MDT-2020-132. Acuerdo Ministerial MDT-2020-133. Acuerdo Ministerial MDT-2020-171. Acuerdo Ministerial MDT-2020-174. Acuerdo Ministerial MDT-2020-181.

V. LOS DESPIDOS INTEMPESTIVOS DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN EL SECTOR PRIVADO

A medida que transcurría el tiempo de pandemia, desde la declaratoria del estado de excepción[40], el impacto de la pérdida de empleos aumentaba. Si bien a inicios del mes de mayo de 2020 se reguló el retorno progresivo a las actividades laborales, no fue sino hasta junio que se ejecutó el plan de regreso al trabajo presencial, permitiendo que los sectores no esenciales o no prioritarios vuelvan a sus actividades y empiecen a recuperarse de las pérdidas económicas producto del confinamiento, pues debemos recordar que el estado de excepción restringió totalmente la libertad de tránsito y reunión, implantando obligatoriamente el teletrabajo.

No obstante, desde el mes de marzo, hasta el mes de julio de 2020 se vislumbró un evidente desplome del empleo, mismo que se fue incrementando con el transcurso de los días y meses, a pesar del regreso paulatino al trabajo presencial. En el mes de julio de 2020, el Ministro de Trabajo ya había informado que aproximadamente 289.258 contratos de trabajo formales fueron finiquitados, y que inclusive, el número de personas desvinculadas de los empleos podría ser mayor, debido al aumento de la informalidad laboral en el país[41].

Frente a este panorama, pese a la gran visibilidad normativa sobre la inclusión laboral enfocada a personas discapacitadas en los últimos años en el Ecuador, todos los esfuerzos realizados por incorporar normas constitucionales y legales de progresividad y no regresividad respecto a este colectivo protegido resultaron insuficientes con la presencia de la crisis económica derivada del Covid-19, pues la disminución de plazas de empleo y los despidos a trabajadores se produjeron sin ninguna distinción.

En términos comparativos, hasta marzo de 2019, previo a la crisis sanitaria, la tasa de desempleo general a nivel nacional fue de 4.6%[42], mientras que, la tasa de desempleo para el 2020 ascendió al 5%, según el Ministerio del Trabajo[43], una diferencia que parecería no tan abismal. En el caso singular de trabajadores con discapacidad, para el año 2019, se tenía una inserción de dicho colectivo protegido en el sistema laboral, de

[40] Decreto Ejecutivo Nº 1017, de 16 de marzo de 2020.

[41] VALENCIA, A. Reuters. Ecuador registra más de 289.000 despidos durante pandemia, aunque cifra sería mayor por informalidad. Disponible en: https://www.reuters.com/article/salud-coronavirus-ecuador-trabajo-idLTAKCN24V3OZ. Última consulta: 20 de octubre de 2022.

[42] Boletín Técnico Nº 02-2019-ENEMDU. Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU), marzo 2019, mercado laboral. Quito, 15 de abril de 2019. P. 6. Disponible en el siguiente enlace: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2019/Marzo/Boletin_mar2019.pdf. Última consulta: 22 de octubre de 2022.

[43] Boletín Estadístico Anual. El Mercado Laboral del Ecuador 2020. Ministerio del Trabajo. Diciembre 2020. P. 8. Disponible en el siguiente enlace: https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2021/04/BoletinAnual_V7.pdf. Última consulta: 22 de octubre de 2022.

75.460 personas laborando de forma activa, mientras que, en el año 2020, dicha cifra descendió a 70.273[44], y continuó en declive para el año 2021, en el cual, según el contraste de datos entre el Ministerio de Salud Pública, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Ministerio del Trabajo, la cifra de inclusión se redujo a 62.298, valga la pena reiterar, del número de personas con discapacidad con un empleo estable[45].

Sin duda, cuantificar la afectación laboral para trabajadores con discapacidad y bajo este panorama se torna excesivamente complejo, pues tal como indica la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), si bien las personas con discapacidad son consideradas como grupos de atención prioritaria o grupos vulnerables, aspecto que ha sido enfatizado durante la pandemia por Covid-19 en Ecuador, no siempre se puede comprobar que las adaptaciones y ajustes razonables ejecutados en dicha época hayan garantizado el acceso efectivo a sus derechos, o que este colectivo tenga una cobertura general satisfactoria; lo cierto es que, bajo esta percepción, las personas con discapacidad se mantienen en una situación estructural de desventaja a nivel laboral que se ha agudizado en estos últimos dos años, y han enfrentado barreras en el contexto de la pandemia que contribuyen a disminuir la posibilidad de tener un empleo, desarrollar emprendimientos o avanzar en su actividad profesional o productiva[46].

Continuando con esta línea de argumento, resulta evidente que la figura del despido intempestivo contemplada en el Código del Trabajo conlleva a una vulneración del derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores con discapacidad en el sector privado. Lo dicho, contrastado con la favorable -pero no suficiente- regulación del teletrabajo y estabilidad laboral reforzada por el Estado durante la pandemia por Covid-19, en consonancia con los postulados constitucionales relativos a atención prioritaria, y con las disposiciones legales laborales respecto al número de trabajadores con discapacidad exigido para el sector privado, deviene en un escenario mayormente amenazador para la inclusión laboral de este sensible grupo.

---

[44] Boletín Estadístico Anual. El Mercado Laboral del Ecuador 2020. Ministerio del Trabajo. Diciembre 2020. P. 21. Disponible en el siguiente enlace: https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2021/04/BoletinAnual_V7.pdf. Última consulta: 22 de octubre de 2022.

[45] Diario Expreso del Ecuador. La pandemia agudizó la precaria situación laboral de las personas con discapacidad. Disponible en el siguiente enlace: https://www.expreso.ec/actualidad/pandemia-precaria-situacion-laboral-personas-discapacidad-ecuador-111829.html. Última consulta: 22 de octubre de 2022.

[46] MERESMAN, S. COVID-19 y las personas con discapacidad en América Latina. Mitigar el impacto y proteger derechos para asegurar la inclusión hoy y mañana. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Naciones Unidas, Santiago, 2020.

Si regresamos a las cifras citadas, se determinaría que casi 8.000 trabajadores con discapacidad se vieron afectados por despidos durante la pandemia por Covid-19. En su mayoría, estos despidos se justificaron en la causal del artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, sin condición o requisito de ninguna naturaleza, causal que fue posteriormente aclarada y limitada con la expedición de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, en la cual se interpretó esta disposición con la condicionante del cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, imposibilitando el trabajo por los medios físicos habituales y por los medios alternativos que permitan su ejecución[47].

Más allá de cualquier limitación o interpretación sobrevenida a la causal contemplada en el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, los empleadores del sector privado encontraron el rebozo "perfectamente" fundamentado para despedir a sus trabajadores, independientemente de cualquier discapacidad, pero con pleno conocimiento y conciencia de su condición, bajo el discurso -no menos cierto- de la mortal afectación económica que acechó a las empresas durante la pandemia, y sobre todo, durante el confinamiento obligatorio que forzó el cierre de operaciones de todos los negocios en el país.

Ahora, respecto al hecho controvertido, es importante aclarar que en el Ecuador no existe una prohibición expresa del despido intempestivo o injustificado de este grupo de atención prioritaria. La protección contenida en el Código del Trabajo y en la Ley Orgánica de Discapacidades no incorpora un impedimento para un eventual despido de un trabajador con discapacidad, por cuanto estos cuerpos legales mantienen la regulación del despido intempestivo con las correspondientes indemnizaciones,[48] es decir, lo que sí establece la norma, es un derecho de reparación económica a favor del trabajador en general y del trabajador con discapacidad, por haberse afectado su derecho de estabilidad laboral, específicamente hacemos referencia a las 18 remuneraciones calculadas en base a la mejor remuneración percibida por el trabajador, establecida en la Ley de Discapacidades, además de los valores generales por despido

[47] La Disposición Interpretativa Única de la Ley de Apoyo Humanitario, aclaró lo siguiente: "Única.-Interprétese el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, en el siguiente sentido: En estos casos, la imposibilidad de realizar el trabajo por caso fortuito o fuerza mayor estará ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, sea persona natural o jurídica. Esto quiere decir, que habrá imposibilidad cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo tanto por los medios físicos habituales como por medios alternativos que permitan su ejecución, ni aún por medios telemáticos".

[48] El artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades mantiene la figura del despido intempestivo de personas con discapacidad, atribuible a una indemnización, a pesar de que la Corte Constitucional del Ecuador, mediante Sentencia 172-18-SEP-CC, decidió declarar la constitucionalidad condicionada de este artículo, prohibiendo la cesación de funciones de las personas con discapacidad o sustitutos en el sector público, mediante la compra de renuncia obligatoria.

intempestivo señalados en el Código del Trabajo, pero, interesa conocer, ¿en qué momento debe pagarse al trabajador esta indemnización?.

Para responder a esta pregunta es importante situarnos en la normativa administrativa y procesal ecuatoriana. Un trabajador, independientemente de su condición, tiene derecho a acudir ante la máxima autoridad laboral, llámese Ministerio del Trabajo, con el fin de solicitar la verificación del cumplimiento de las obligaciones del empleador, cuando considere que existe controversia o duda frente a éstas[49]. Por otro lado, si un trabajador es despedido intempestivamente, es decir, sin que exista una causa de las previstas en la normativa vigente, y ha sido notificado por escrito, debe acudir a la autoridad de trabajo para que conozca sobre su despido, disponga la comparecencia del empleador para que se ratifique en el hecho y disponga también el depósito del valor que le correspondería al trabajador por indemnizaciones, aclarando que, de no existir dicha ratificación, el trabajador deberá ser reintegrado a su puesto de trabajo[50], resultando incuestionable que para que esto ocurra, necesariamente la norma exige la notificación escrita del despido. Frente a esta disposición legal, nos encontramos con el primer vacío jurídico, pues se requiere, como requisito fundamental una notificación escrita, y es evidente -al menos en Ecuador- que la mayoría de despidos intempestivos o injustificados ocurren de manera informal, con un simple aviso a través de un mensaje al teléfono celular, de manera verbal, o hasta impidiendo el acceso al lugar de trabajo, estrategias ejercidas para evitar el pago de cualquier indemnización que tuviere derecho el trabajador.

Con ello, el trabajador con discapacidad, pasa, de ser la víctima de este hecho, a convertirse en el actor principal, cuya obligación será, desventajosamente, probar la ruptura brusca e injustificada del vínculo laboral. A la luz de esta aproximación legal, se determina que en la fase administrativa, el trabajador, siendo la parte débil de la relación laboral, puede acudir ante un Inspector de Trabajo, autoridad facultada por esta Cartera de Estado, para velar por el cumplimiento de las obligaciones que la ley impone, tanto a empleadores como a trabajadores, cuidar que se observen las disposiciones sobre

[49] El artículo 42 del Código del Trabajo enlista todas las obligaciones del empleador y señala como responsables de control de cumplimiento a los inspectores del Trabajo y los inspectores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

[50] Los incisos octavo y noveno del artículo 188 textualmente disponen que: "Cuando el empleador deje constancia escrita de su voluntad de dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo, esto es, sin justa causa, la autoridad del trabajo que conozca del despido, dispondrá que el empleador comparezca, y de ratificarse éste en el hecho, en las siguientes cuarenta y ocho horas deberá depositar el valor total que le corresponda percibir al trabajador despedido por concepto de indemnizaciones.

Si el empleador en la indicada comparecencia no se ratifica en el despido constante en el escrito pertinente, alegando para el efecto que el escrito donde consta el despido no es de su autoría o de representantes de la empresa con capacidad para dar por terminadas las relaciones laborales, se dispondrá el reintegro inmediato del trabajador a sus labores".

seguridad e higiene en los lugares de trabajo, conceder o negar las peticiones de visto bueno, imponer multas y realizar inspecciones a los centros de trabajo[51], de esta manera, los Inspectores del Trabajo pueden llegar a conocer la reclamación del trabajador bajo las condicionantes de la ley, transformándose en una especie de mediadores laborales cuando de despidos intempestivos se trata, diferente a la potestad que poseen de conocer y resolver sobre otras figuras como el visto bueno[52]. En tal sentido, se pretende indicar, justamente, que dentro de las atribuciones de dichas autoridades no se encuentra el resolver, exclusivamente, los despidos intempestivos, menos aún de trabajadores con discapacidad[53], pues de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, esta competencia y atribución corresponde de manera exclusiva a los jueces laborales[54]. Aun así, el trabajador no se encuentra impedido de acudir al Ministerio del Trabajo a presentar una denuncia sencilla, sin formalidad alguna, por los hechos relativos a despido intempestivo[55]; el problema deviene en que, a través de la autoridad administrativa, es decir, Inspectores del Trabajo, no logrará obtener una

[51] Atribuciones de las Direcciones Regionales de Trabajo e Inspectorías de Trabajo. Disponible en el siguiente enlace: https://www.trabajo.gob.ec/direcciones-regionales-del-trabajo/#:~:text=Los%20inspectores%20de%20trabajo%20tienen%20entre%20sus%20atribuciones%3A%20cuidar%20que,de%20visto%20bueno%2C%20presentadas%20por. Última consulta: 25 de octubre de 2022.

[52] En la actualidad, el visto bueno es una resolución administrativa donde se reconoce como válida la causal invocada para la terminación del contrato de trabajo y, a diferencia de lo que acontecía en épocas pasadas, actualmente no es susceptible de impugnación por la vía administrativa ni contencioso-administrativa. En MORENO ECHEVERRÍA, X. "Análisis crítico de las instituciones del visto bueno y de la jubilación patronal en el Código del Trabajo ecuatoriano". Revista de Derecho Nº 19. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2013. P. 87.

[53] El artículo 545 del Código del Trabajo, indica que las atribuciones de los inspectores del trabajo son las siguientes: 1. Cuidar de que en todos los centros de trabajo se observen las disposiciones que, sobre seguridad e higiene de los talleres y más locales de trabajo, establecen el Capítulo "De la Prevención de los Riesgos" y los reglamentos respectivos; 2. Cuidar de que en las relaciones provenientes del trabajo se respeten los derechos y se cumplan las obligaciones que la ley impone a empleadores y trabajadores; 3. Efectuar las visitas a las que se refiere el numeral 5 del artículo 542 de este Código; 4. Cerciorarse, por los medios conducentes, tales como la revisión de documentos y registro de las empresas, la interrogación al personal de los establecimientos sin presencia de testigos, etc., del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias referentes al trabajo, y hacer constar sus observaciones en los informes que eleven a sus respectivos superiores jerárquicos; 5. Conceder o negar el visto bueno en las solicitudes de despido de los trabajadores o de separación de éstos, y, de acuerdo con las prescripciones pertinentes de este Código; 6. Intervenir en las comisiones de control; 7. Imponer multas de acuerdo con las normas de este Código; 8. En los casos de acoso laboral, podrá disponer se efectúen las disculpas públicas de quien cometió la conducta; y, 9. Las demás conferidas por la ley y los convenios internacionales ratificados por el Estado.

[54] El artículo 238 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que: ***"****Corresponde a las juezas y los jueces del trabajo conocer y resolver, en primera instancia, los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad".* Esta atribución consta, además, en la Resolución Nº 095-2012 de 15 de agosto de 2012, reformada por última vez mediante Resolución Nº 051-2017, de 17 de abril de 2017 del Consejo de la Judicatura.

[55] ¿Cómo hacer una denuncia laboral? Ministerio del Trabajo. Disponible en el siguiente enlace: https://www.trabajo.gob.ec/denuncias/

resolución en firme a su favor, respecto a la procedencia o no del despido intempestivo y, consecuentemente, indemnizaciones que por ley le correspondan.

A las dificultades que plantea la normativa legal, en el ámbito administrativo, para salvaguardar los derechos del trabajador con discapacidad frente a un despido intempestivo, hay que sumarle el hecho de que, como los despidos se producen, en su mayoría, sin notificación escrita y sin testigos, le corresponde al trabajador recabar todos los elementos probatorios posibles para intentar llevar su caso ante la autoridad competente, en este caso, el Juez Laboral. Sin duda, entonces, estamos frente a una debatible contraposición al principio *in dubio pro operario* que ampara a la parte débil de la relación laboral, en virtud de que, el trabajador con discapacidad, una vez que ya se han transgredido sus derechos constitucionales y legales, deberá confrontar un proceso judicial, esperando que la autoridad judicial realice una correcta apreciación sobre la existencia y aplicación de las normas a favor de los trabajadores con discapacidad, frente a un despido intempestivo.

VI. EL PROCESO JUDICIAL DE DESPIDO INTEMPESTIVO DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD, DURANTE EL COVID-19

Brevemente, debemos recordar que los despidos intempestivos de personas con discapacidad, desde el mes de marzo de 2020, en el que se decretó oficialmente la crisis sanitaria, se justificaron en la fuerza mayor o caso fortuito, al amparo de lo establecido en el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo, con el argumento del cierre de actividades y falta de liquidez. A partir de este hecho, se activó automáticamente el derecho de acceso a la justicia[56] a favor del trabajador con condición de discapacidad, con el fin de obtener una sentencia judicial efectiva que le permita recibir una reparación económica por el daño "moral" y económico sufrido como consecuencia de quedarse en desempleo.

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP), cuerpo legal que contiene todas las normas procesales aplicables a materias no penales, en sus artículos 332 y 333 prevé un procedimiento sumario para las controversias relativas a despidos

[56] *El artículo 75 de la Constitución de la República reza: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"*. En la misma línea, el artículo 22 del Código Orgánico de la Función Judicial señala: *"Principio de acceso a la justicia.- Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso".*

intempestivos de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y de los dirigentes sindicales, y las demás ordenadas por ley[57]. Si bien en dicho articulado no se ha incluido específicamente el despido intempestivo de trabajadores con discapacidad, los jueces se atañen a lo establecido en los artículos 237 y 238 del Código Orgánico de la Función Judicial sobre sus deberes y atribuciones, al ser competentes para conocer y resolver, en primera instancia, los conflictos de relaciones laborales que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad, así como también en el artículo 575 del Código del Trabajo, mismo que dispone que todas las controversias de trabajo se deben sustanciar en procedimiento sumario conforme lo previsto en el COGEP.

Bajo este procedimiento sumario, los jueces laborales recibieron varias demandas por despido intempestivo de personas con discapacidad. En dichos momentos, y ante la situación general de desconcierto por la pandemia, la terminación de relaciones laborales requería un análisis exhaustivo de las circunstancias que provocaron este único remedio aplicado por el empleador conjuntamente con su área legal o con sus abogados, y aparentemente permitido por la normativa laboral y civil, como es la fuerza mayor o caso fortuito[58].

Si bien en la legislación material se ha previsto una estabilidad laboral especial y reforzada para los trabajadores con discapacidad, en la normativa procesal no se ha determinado un tiempo expedito o fases procesales con menor tiempo de desarrollo para la resolución de conflictos que tengan que ver con despidos de este colectivo, lo que sí sucede con casos de despidos de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales[59], por lo que en principio, se corrobora que el proceso sumario, en estos casos, se sustancia conforme a sus reglas y condiciones generales. Tal es así que el juez laboral, al momento de recibir una demanda de esta naturaleza, debía calificarla en el término de 5 días, de conformidad con los requisitos establecidos en los artículos 142, 143 y 146 del COGEP, es decir, verificar si la misma es clara, completa y concisa, y en caso de no cumplir con una o más formalidades, debía disponer que el

[57] El artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos señala que: **"**Se tramitarán por el procedimiento sumario: 1. Las ordenadas por la ley…8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales...". El artículo 33 establece las reglas del procedimiento sumario.

[58] El artículo 30 del Código Civil, cuerpo legal de carácter supletorio, establece que: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".

[59] El numeral 8 del artículo 332 dispone que para el caso de despidos intempestivos de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y de los dirigentes sindicales, se debe aplicar los términos reducidos como en el caso de niñez y adolescencia. Por ejemplo, el numeral 3 del artículo 333 otorga un término de contestación a la demanda de 10 días, cuando normalmente el término es de 15 días; así también, en el mismo artículo, numeral 4, se dispone que la audiencia única se debe realizar en el término máximo de 20 días contados a partir de la citación.

actor la complete o aclare, bajo la prevención que, de no hacerlo, puede ordenar el archivo de la demanda.

Una vez calificada la demanda, el juez inmediatamente ordenaba la citación al demandado -o los demandados-, exigiendo el deber procesal que tiene de comparecer a la causa designando un abogado patrocinador, un casillero judicial y contestando los hechos sobre los cuales versa la controversia, en un término no mayor a 15 días[60]. Haciendo un paréntesis, se puede aseverar que, la citación al demandado fue y sigue siendo la fase más engorrosa de todo proceso judicial, y que es motivo de un análisis individual y extenso, al evidenciarse, cada vez más, la vulneración de derechos constitucionales por la falta de aplicación y cumplimiento del Reglamento para la Gestión de Citaciones Judiciales vigente[61]. Retomando el trámite, con la citación efectuada en legal y debida forma al demandado, y con la contestación a la demanda, el juez calificaba la misma en la forma prevista en los artículos 142, 151 y 152 del COGEP[62], es decir, verificando que cumpla con los requisitos de forma y contenido, sin perjuicio de solicitar su aclaración en el mismo sentido que la demanda. Es importante señalar que, en esta etapa, se aperturaba un término de 10 días para que la parte actora pueda presentar prueba nueva, referida únicamente a los hechos expuestos en la contestación a la demanda, esta facultad está contemplada en el artículo 151 ibídem.

Conjuntamente con la calificación de la contestación a la demanda, el juez laboral debía señalar fecha de la audiencia única dentro del proceso sumario, misma que, en teoría, tenía que ser fijada en un término máximo de treinta días contados desde la contestación[63], debiendo indicar que, durante la pandemia, estas audiencias se celebraron de manera telemática, con el fin de precautelar la salud de todos los sujetos procesales, dificultándose, de esta forma, la evacuación y reproducción de pruebas, sobre todo para el actor, es decir, el trabajador con discapacidad, debido a la poca experiencia recabada hasta ese momento respecto al manejo adecuado de audiencias telemáticas[64].

---

[60] El numeral 3 del artículo 333, prevé el término de 15 días para contestar la demanda y reconvención, dentro de un proceso sumario, a excepción de la materia de niñez y adolescencia y despido intempestivo de mujeres embarazadas, en período de lactancia y dirigentes sindicales, que será de 10 días.

[61] Reglamento para la Gestión de Citaciones Judiciales. Resolución del Consejo de la Judicatura 61. Registro Oficial Edición Especial 750, de 08 de julio de 2020.

[62] El artículo 142 del COGEP regula el contenido de la demanda; el artículo 151 ibídem establece la forma y contenido de la contestación a la demanda; y, el artículo 152 ibídem regula el anuncio de prueba en la contestación a la demanda.

[63] Artículo 333, numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos.

[64] En el mes de julio de 2020, el Consejo de la Judicatura expidió un Protocolo para la Realización de Videoaudiencias, aplicable para juzgados, unidades judiciales, tribunales y cortes

Una vez instalada la audiencia, el juez laboral estaba en la obligación de identificar a los sujetos procesales, corroborar la validez procesal y fijar los puntos de debate que se desprenden de la controversia de despido intempestivo, acatándose a las garantías del debido proceso y seguridad jurídica establecidos en la Constitución[65] y demás derechos garantistas de la normativa laboral ecuatoriana, procurando también, en esta fase, una conciliación entre las partes que permita una solución ágil y eficaz a la disputa planteada. De no llegar a un acuerdo satisfactorio entre ambas partes, el juez continuaba con la sustanciación de la causa en una segunda fase, que comprendía: el debate probatorio, el alegato inicial, la práctica de pruebas y el alegato final.

A propósito de esta segunda fase, debe puntualizarse que, era el actor (trabajador) quien debía probar los hechos que ha propuesto en su demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación, prueba que el juzgador apreciará bajo las reglas de la sana crítica[66]. En este punto, se torna indispensable aludir la vulnerabilidad de los trabajadores con discapacidad en aquella época, al tener que demostrar pruebas cuya exactitud se detalla en cada demanda de despido intempestivo[67], y que muchas veces, son insuficientes ante el juzgador, a pesar de existir un real despido intempestivo; tal es así que, en este escenario, para que el trabajador logre obtener la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, estaba supeditado a la estrategia adoptada por el empleador, a su abogado defensor y al criterio y sana crítica de los jueces laborales, debiendo transitar, imperativamente, en un proceso judicial extenso y costoso.

Finalizada esta segunda fase, el juez debía emitir su decisión respecto a si existió o no un despido intempestivo, analizando y motivando cada punto controvertido, después de lo cual, de ser el caso, declararía procedente el pago de las indemnizaciones y pagos pendientes establecidos en el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Discapacidades,

---

provinciales. Disponible en el siguiente enlace: https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Protocolo%20para%20la%20realizaci%C3%B3n%20de%20videoaudiencias%20-%20CJ.pdf. Última consulta: 01 de noviembre de 2022. De igual manera, en el mes de agosto de 2021, la Corte Nacional de Justicia aprobó un Protocolo para la Realización de Audiencias Telemáticas en la Corte Nacional de Justicia. Disponible en el siguiente enlace: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Manuales-Protocolos/Protocolo-audiencias.pdf. Última consulta: 01 de noviembre de 2022.

[65] Artículos 76 y 82 de la Constitución de la República.

[66] Artículos 164 y 169 del Código Orgánico General de Procesos.

[67] Al respecto, el autor Osvaldo Gozani, citando a Carneluti afirma que: “prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición; sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar, no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada (…) el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquellos no se comprueban sino se conocen”. GOZAÍNI, O. “El Debido Proceso”, Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. Pp. 344 y 345.

cuantificando y liquidando dichos valores, o en su defecto, procedía un rechazo de la demanda. Evidentemente, al amparo de la garantía del debido proceso, la parte afectada tenía el derecho de apelar esta decisión, para que sean los jueces de la Corte Provincial correspondiente, quienes resuelvan este recurso[68], después de lo cual, faltaría un escalón más que conllevaría al análisis de un recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia[69].

De lo expuesto, resulta inquietante el tiempo que le puede tomar al trabajador con discapacidad obtener la reparación económica por la terminación unilateral de la relación laboral, más aún si se considera que los plazos y términos previstos en la normativa procesal no se cumplen y que, prácticamente, se irrespeta el ordenamiento jurídico en cuanto a la celeridad del despacho de causas, anteponiendo en tela de duda la rapidez y gestión oportuna de la administración de justicia. Sin duda, en un proceso judicial de esta naturaleza, el trabajador con discapacidad mantiene su estatus de "parte débil", y no sólo eso, sino que se enfrenta a obstáculos procesales con oscura salida, que, al atravesarlos, queda endeble a una eventual transgresión de sus derechos constitucionales, además de los laborales.

VI. CONCLUSIONES

Frente al contenido aquí abordado, se expondrán unas breves conclusiones, que nos permitirán dilucidar eventuales soluciones a favor de los trabajadores con discapacidad, como grupo de atención prioritaria, en el ámbito exclusivamente laboral.

Se debe puntualizar, en primer lugar, que desde el año 2008, con ocasión de la nueva Constitución, el Ecuador ha incorporado y adaptado su legislación a favor de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente en el ámbito de trabajo. Durante estos años, la normativa promulgada se ha visto plasmada en acciones orientadas a promover la inclusión laboral, a evitar la discriminación, y a implementar políticas públicas y privadas que converjan en la igualdad y equidad laboral para este colectivo, así como también en el incremento de oportunidades educativas y laborales.

Dentro de la esfera garantista a favor de este grupo de atención prioritaria, debemos rescatar la estabilidad especial y reforzada que el legislador ha plasmado, específicamente, en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades para las personas en situación de discapacidad, y con ello, resulta evidente, que un despido

[68] Los artículos 256 a 264 del COGEP, regulan el proceso de apelación de sentencias o autos de primera instancia, ante las Cortes Provinciales que correspondan, según el ámbito territorial.

[69] Los artículos 266 y siguientes del COGEP, establecen las reglas para la procedencia del recurso de casación, de las sentencias y autos dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo, cuya competencia radica en la Corte Nacional de Justicia.

intempestivo de un trabajador amparado por esta norma, supondría una flagrante vulneración de su derecho constitucional de atención prioritaria y de su derecho de permanencia y estabilidad en su lugar de trabajo. Conforme a la norma proteccionista, la consecuencia de este acto, que principalmente conlleva al rompimiento de su estabilidad laboral, supone una elevada compensación económica al trabajador, por lo que la ley es clara al imponer también una sanción pecuniaria al empleador, por la inobservancia de dicha garantía.

A pesar de los esfuerzos e intención efectiva y material del legislador, de proteger los derechos constitucionales y legales de este grupo vulnerable, debemos indicar que no se ha cristalizado el modelo de garantías de forma satisfactoria. Singularmente, en el ámbito laboral, si bien se han regulado los parámetros principales para proteger el derecho a la estabilidad laboral de las personas con discapacidad, no se han previsto lineamientos o directrices para hacer efectiva dicha protección frente a un despido intempestivo, lo cual ha generado complejidad en los procedimientos laborales administrativos y judiciales, que se han acentuado, en gran medida, durante la pandemia por Covid-19.

La única vía para que un trabajador con discapacidad, despedido intempestivamente, pueda acceder al pago de una indemnización especial estipulada en la ley, es a través de un proceso judicial sustanciado por un juez laboral, excluyendo absolutamente a un eventual proceso administrativo que pudiese resultar más expedito y efectivo, pero que lamentablemente carece de asidero legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desconociendo así, el trato preferente y diferenciado hacia este grupo de personas, y ocasionando que éstas deban transitar por un tortuoso y extenso camino judicial, en el cual, difícilmente tendrán atención prioritaria.

Si bien antes de la crisis sanitaria, los juzgadores eran conocedores del alcance de la Ley Orgánica de Discapacidades, así como de la procedencia de indemnización, no se debe apartar el hecho de que la pandemia trajo consigo nuevos precedentes fácticos para ser analizados e interpretados por las autoridades judiciales en procesos de despido intempestivo de trabajadores con discapacidad. Uno de ellos, la correcta o incorrecta aplicación de la causal sexta del artículo 169 del Código del Trabajo, contrastando, indudablemente, con la interpretación normativa de esta disposición, constante en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y su aplicación en tiempo y espacio, de conformidad con el criterio de la Corte Constitucional, dentro de la sentencia Nº 23-20-CN y Acumulados, de 01 de diciembre de 2021.

En definitiva, nos encontramos frente a un panorama jurídico inconcluso que, por un lado, pregona progresividad y no regresividad de los derechos laborales de personas con discapacidad, pero que, por otro, impide la ejecución efectiva y real de la protección y garantía de estabilidad directamente en el ámbito administrativo, derivando estas

controversias únicamente al ámbito judicial. Aun así, al realizar la reclamación del derecho de indemnización en esta última vía, nos encontramos con el desalentador contexto de incumplimiento de la normativa procesal, que da lugar a retardos injustificados y dilatación de la tramitología en el despacho de causas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, G. Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV, Décima Edición. Buenos Aires, Argentina, 1976.

MORENO ECHEVERRÍA, X. “Análisis crítico de las instituciones del visto bueno y de la jubilación patronal en el Código del Trabajo ecuatoriano”. Revista de Derecho Nº 19. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2013.

MERESMAN, S. COVID-19 y las personas con discapacidad en América Latina. Mitigar el impacto y proteger derechos para asegurar la inclusión hoy y mañana. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Naciones Unidas, Santiago, 2020.

GOZAÍNI, O. “El Debido Proceso”, Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina.

CHAVEZ, M. El Despido Intempestivo, Segunda Edición. Quito, Ecuador, 2007.

VALENCIA, A. Reuters. Disponible en: https://www.reuters.com/article/salud-coronavirus-ecuador-trabajo-idLTAKCN24V3OZ.

Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Código del Trabajo de 2005. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2006.

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Ley Orgánica de Discapacidades de 2012. Registro Oficial Suplemento 796 de 25 de septiembre de 2012.

Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades. Decreto Ejecutivo 194. Registro Oficial Suplemento 109, de 27 de octubre de 2017.

Reglamento para la Gestión de Citaciones Judiciales. Resolución del Consejo de la Judicatura 61. Registro Oficial Edición Especial 750, de 08 de julio de 2020.

Plan Nacional para el Buen Vivir 2017 2021. Resolución 2. Registro Oficial Suplemento 71, de 04 de septiembre de 2017 (fue actualizado por el Plan Nacional de Desarrollo 2021 2025).

Plan Nacional de Desarrollo 2021 - 2025. Resolución 2. Registro Oficial Suplemento 554, de 23 de septiembre de 2021. Objetivo 1, Metas al 2025, Numeral 1.1.4.

Decreto Ejecutivo Nº 1017, de 16 de marzo de 2020.

Acuerdo Ministerial 276 del Ministerio de Trabajo, publicado en el Registro Oficial Suplemento 604, de 23 de diciembre de 2021.

Acuerdo Ministerial Nº MDT-2018-0175, de 09 de agosto de 2018.

Acuerdo Ministerial MDT-2020-089, de 28 de abril de 2020.

Acuerdo Ministerial MDT-2020-092, de 03 de mayo de 2020.

Acuerdo Ministerial MDT-2020-093, de 03 de mayo de 2020.

Acuerdo Ministerial MDT-2017-081, de 10 de abril de 2020.

Acuerdo Nº 00126-2020, de 11 de marzo de 2020. Registro Oficial Suplemento Nº 160, de 12 de marzo de 2020.

Acuerdo Ministerial MDT-2020-132. Acuerdo Ministerial MDT-2020-133. Acuerdo Ministerial MDT-2020-171. Acuerdo Ministerial MDT-2020-174. Acuerdo Ministerial MDT-2020-181.

Resolución Nº 095-2012 de 15 de agosto de 2012, reformada por última vez mediante Resolución Nº 051-2017, de 17 de abril de 2017 del Consejo de la Judicatura.

Cuadernos de Jurisprudencia Laboral. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014. Primera Edición, diciembre 2014. Pág. 155. Disponible en el siguiente enlace: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/coleccion%20jurisprudencial/Laboral.pdf-

Protocolo para la Realización de Videoaudiencias, aplicable para juzgados, unidades judiciales, tribunales y cortes provinciales, de julio de 2020. Disponible en el siguiente enlace: https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Protocolo%20para%20la%20realizaci%C3%B3n%20de%20videoaudiencias%20-%20CJ.pdf.

Protocolo para la Realización de Audiencias Telemáticas en la Corte Nacional de Justicia, de agosto de 2021. Disponible en el siguiente enlace: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Manuales-Protocolos/Protocolo-audiencias.pdf.

Sistema Único de Trabajo, plataforma que permite registrar la gestión de talento humano, tanto de las empresas privadas, como del sector público. Disponible en el siguiente enlace: https://sut.trabajo.gob.ec/.

Definición de despido intempestivo. Ministerio del Trabajo. Disponible en el siguiente enlace: https://www.trabajo.gob.ec/sector-privado/#:~:text=El%20despido%20intempestivo%20es%20la,188%20del%20C%C3%B3digo%20del%20Trabajo.

Boletín Técnico Nº 02-2019-ENEMDU. Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU), marzo 2019, mercado laboral. Quito, 15 de abril de 2019. Pág. 6. Disponible en el siguiente enlace: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2019/Marzo/Boletin_mar2019.pdf.

Boletín Estadístico Anual. El Mercado Laboral del Ecuador 2020. Ministerio del Trabajo. Diciembre 2020. Pág. 21. Disponible en el siguiente enlace: https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2021/04/BoletinAnual_V7.pdf.

Diario Expreso del Ecuador. Disponible en el siguiente enlace: https://www.expreso.ec/actualidad/pandemia-precaria-situacion-laboral-personas-discapacidad-ecuador-111829.html.

Atribuciones de las Direcciones Regionales de Trabajo e Inspectorías de Trabajo. Disponible en el siguiente enlace: https://www.trabajo.gob.ec/direcciones-regionales-del-trabajo/#:~:text=Los%20inspectores%20de%20trabajo%20tienen%20entre%20sus%20atribuciones%3A%20cuidar%20que,de%20visto%20bueno%2C%20presentadas%20por.

¿Cómo hacer una denuncia laboral? Ministerio del Trabajo. Disponible en el siguiente enlace: https://www.trabajo.gob.ec/denuncias/